

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al Título VII de la Constitución Española: «Economía y Hacienda»

Andrés Báez Moreno

*Doctor en Derecho. Profesor Ayudante de Derecho Financiero
y Tributario de la Universidad Carlos III de Madrid*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: HETEROGENEIDAD Y DISPERSIÓN (SOBRE LAS DIFICULTADES DE ESTE COMENTARIO).— II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN TORNO A ASPECTOS CONCRETOS DEL TÍTULO VII DE LA CONSTITUCIÓN. 1. *Los preceptos del Título VII referidos a cuestiones de carácter económico. Especial atención a los artículos 128 (Riqueza, iniciativa pública y reserva al sector público) y 132 (Dominio Público y Patrimonio del Estado).* 2. *Los preceptos del Título VII referidos a cuestiones de carácter financiero. Especial atención a los artículos 133 (Tributos), 135 (Deuda Pública) y 134 (Presupuestos).*— III. LAS RESERVAS DE LEY DEL TÍTULO VII DE LA CE.— IV. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ECONÓMICAS Y FINANCIERAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. LA CONSTRUCCIÓN DE TÍTULOS ESTATALES DE INTERVENCIÓN. 1. *La Constitución económica y el título «ordenación general de la economía».* 2. *La Constitución financiera y la distribución de competencias en la doble vertiente del ingreso y del gasto.*

I. INTRODUCCIÓN: HETEROGENEIDAD Y DISPERSIÓN (SOBRE LAS DIFICULTADES DE ESTE COMENTARIO)

Lo cierto es que no resulta fácil elaborar un comentario sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al Título VII de la Constitución Española (en adelante CE), al menos si pretende acometerse esta labor de modo sistemático.

Las dificultades que ofrece este comentario son de muy diversa índole. La primera y esencial, y creo que sobre este punto no conviene hacer mayor hincapié,

trae causa de la propia heterogeneidad del título constitucional, anunciada ya en su propia denominación «Economía y Hacienda». En efecto, el Título VII de la CE alberga en su articulado contenidos referidos a la «Constitución Económica»¹ (artículos 128-132) y a la «Constitución Financiera»² (artículos 133-136).

El segundo problema específico al que se enfrenta un comentario de este tipo reside en el hecho de que los artículos 128 a 136 de la CE no agotan el contenido material ni de la Constitución Económica ni de la Constitución Financiera. Esta dificultad se hace evidente con sólo acudir a las definiciones construidas por la jurisprudencia y la doctrina. Así, la STC 1/1982, de 28 de enero, definía a la Constitución Económica como el «conjunto de normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica»³. Es obvio que esas normas no se ubican de forma exclusiva en el Título VII de la Constitución y, con independencia de que la dispersión de la Constitución Económica pueda plantear contradicciones⁴, lo que es cierto es que puede resultar muy difícil referirse, de forma aislada, a la jurisprudencia del TC en torno a los artículos 128 a 132 de la CE⁵. Y lo mismo puede afirmarse respec-

to a la Constitución Financiera, aunque no contemos con una definición de la misma en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, si por tal se entiende «aquella parte de la Constitución que hace referencia a la función de la Hacienda y al conjunto de deberes y límites que se imponen a la actividad financiera del Estado en su doble contenido de obtención de ingresos y realización de gastos»⁶, resulta evidente que parte de la Constitución Financiera queda, también, al margen de las normas contenidas en los artículos 133 a 136 de la CE.

La tercera y última dificultad de este comentario atañe, sobre todo, a la parte de Constitución Económica contenida en el Título VII de la CE. Y el problema reside, precisamente, en el hecho de que las sentencias recaídas sobre los artículos 128 a 132 de la CE son muy escasas. No existe en definitiva una doctrina constitucional que pueda servir para hacerse una idea de conjunto en torno a la Constitución Económica por lo que, en este punto, será necesario acudir a pronunciamientos del TC recaídos sobre otros preceptos de la Constitución Económica, aunque íntimamente relacionados con los del Título VII. Como veremos esta dificultad no afecta a los preceptos financieros contenidos en los artículos 133 a 136 de la CE, respecto de los que sí que existe una nutrida jurisprudencia constitucional.

No obstante, el carácter heterogéneo e incompleto del Título VII de la Constitución no debe convertir este comentario en una sucesión de sentencias referidas a los distintos artículos que componen el título. Por el contrario existen una serie de aspectos de carácter transversal que afectan, de forma más o menos uniforme, a los preceptos referidos a la Constitución Económica y/o Financiera. Así después de estudiar la jurisprudencia constitucional en torno a las cuestiones concretas contenidas en los artículos 128 a 136 de la CE (epígrafe II) nos ocuparemos de dos aspectos transversales de gran relevancia: «las reservas de ley» del Título VII (epígrafe III) y la distribución de competencias económicas y financieras entre el Estado y las Comunidades Autónomas (epígrafe IV) que, aun siendo diversas en los preceptos económicos y financieros, siguen un planteamiento uniforme.

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN TORNO A ASPECTOS CONCRETOS DEL TÍTULO VII DE LA CONSTITUCIÓN

Como ya anunciamos, la única manera de estudiar la doctrina constitucional en torno al Título VII de la CE —fuera de los aspectos referentes a la distribución territorial de competencias y las cuestiones formales referidas a la/s reserva/s de ley debe ser esencialmente casuística—. Por ese motivo, seguiremos

¹ Parece que el término Constitución Económica fue acuñado por Bohm y Eucken; en este sentido: FONT GALÁN, Juan Ignacio. *Notas sobre el modelo económico en la Constitución Española de 1978*. En Revista de Derecho Mercantil, n.º 152, 1978, p. 366. El término se ha visto sometido a ciertas críticas centradas en denunciar el uso de la expresión «Constitución Económica» como sinónimo de «economía natural o espontánea» (LINDE PANIAGUA, Enrique. *Introducción al sistema económico en la Constitución Española*. Valencia: 1987, p. 9; DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. *La Constitución Económica de España. Comentario introductorio al Título VII*. En Comentarios a la Constitución Española de 1978 (dir. Óscar Alzaga Villamil). Madrid: Cortes Generales-EDERSA, 1998, pp. 20-21). No obstante, el término ha sido empleado, de forma limitada, por el Tribunal Constitucional: Voto particular del Magistrado D. Luis Díez-Picazo a la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 37/1981 de 16 de noviembre; STC 1/1982, de 28 de enero (FJ. 1.º); STC 96/1984 de 19 de octubre de 1984 (FJ. 3.º); STC 64/1990, de 5 de abril de 1990 (FJ. 3.º y 4.º); STC 133/1997, de 16 de julio (FJ. 4.º, 7.º y 16.º); STC 208/1999, de 11 de noviembre (FJ. 4.º); STC 96/2002, de 25 de abril (FJ. 11.º). En sentido similar se pronuncia el Tribunal Constitucional Federal Alemán (en adelante BVerfG): «[...] la Constitución Económica es el conjunto de normas de la Ley Fundamental que hacen referencia al proceso económico o a la economía en general» BVerfGE 4, 7. Se ha indicado, en todo caso, que el concepto de Constitución Económica del TC español es tributario del acuñado por el BVerfG (ALBERTI ROVIRA, Enoch. *Autonomía política y unidad económica (Las dimensiones constitucional y europea de la libre circulación y de la unidad de mercado)*. Madrid: Civitas, 1995, p. 191).

² Menos frecuente resulta el uso del término «Constitución Financiera» en la doctrina española; en ese sentido: YEBRA MARTUL-ORTEGA, Perfecto. *Constitución Financiera española. Veinticinco años*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2004, p. 27. Por su parte el término no ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional. No obstante sí que puede encontrarse el término en la doctrina de mayor orientación germanica: RUIZ ALMENDRAL, Violeta; ZORNOZA PÉREZ, Juan José. *Constitución Económica y Hacienda Pública*. En La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 642.

³ En el mismo sentido el voto particular del magistrado D. Luis Díez-Picazo a la STC 37/1981 de 16 de noviembre: «el concepto de constitución económica designa el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden del proceso económico. En ella se definen el orden económico en sus fundamentos esenciales y se establecen normas que sirvan de parámetros para la acción de los operadores económicos». Otras definiciones menos completas pueden verse en las STC 96/84 y 133/1997: «principios básicos constitutivos del orden económico».

⁴ Centradas sobre todo en las tensiones entre los artículos 38.1 de la CE (libertad de empresa) y 128.2 (reserva al sector público de recursos o servicios esenciales). Con especial contundencia respecto a esta posible contradicción: ARIÑO, Gaspar. *Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de Comercio e Intervencionismo Administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1995, pp. 92-97.

⁵ Sobre la dispersión normativa de la Constitución Económica, aunque buscando en todo caso una interpretación sistemática de las distintas normas: DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. *La Constitución Económica de España...* op. cit., pp. 24-28.

⁶ RUIZ ALMENDRAL, Violeta; ZORNOZA PÉREZ, Juan José. *Constitución Económica y Hacienda Pública...* op. cit., p. 642.

el orden de exposición de la propia CE deteniéndonos en los aspectos que han merecido la atención del TC tanto en la parte económica como en la financiera del Título VII.

1. *Los preceptos del Título VII referidos a cuestiones de carácter económico. Especial atención a los artículos 128 (Riqueza, iniciativa pública y reserva al sector público) y 132 (Dominio Público y Patrimonio del Estado)*⁷

Un comentario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto al Título VII de la CE debe comenzar, a mi juicio, por la crónica de una carencia fundamental. Una de las cuestiones esenciales, discutidas a nivel doctrinal, desde la aprobación de la CE gira en torno al problema de si existe un «modelo económico constitucionalizado» o, dicho de otro modo, si la Constitución económica implica, también, un «modelo económico»⁸. Se trata de saber, en definitiva, si la norma fundamental ha constitucionalizado algunos de los sistemas que la doctrina⁹ ha querido extraer de la misma: sistema de economía capitalista tradicional, sistema que admite la transición a un modelo socialista o sistema de economía mixta (economía social de mercado). Lo cierto es que hoy, con algunas excepciones, se sostiene que la CE no ha constitucionalizado sistema económico alguno, demostrándose el acierto pleno de las afirmaciones de SCHMIDT en el sentido de que «puede existir perfectamente una Constitución Económica sin sistema económico»¹⁰. A pesar de ser esta la posición mayoritaria en la doctrina española¹¹, lo cierto es que se echa en falta un pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional sobre la cuestión¹². En este sentido, debe resaltarse que el *BVerfG*, cuyos planteamientos —como es sabido— sigue de cerca el Tribunal

Constitucional Español, se ha pronunciado en el sentido de sostener la «neutralidad económica» de la Constitución, esto es, la no asunción por ésta de ningún modelo económico¹³. En todo caso, podría aventurarse que la definición de Constitución económica elaborada por el TC, meramente descriptiva y formal¹⁴, avala, también la asunción de esta idea de la «neutralidad económica de la Constitución»¹⁵. Por esta vía podría llegarse a la conclusión de que, también nuestro TC, en las sentencias en las que se contiene una definición expresa de Constitución Económica, habría tomado el camino de la neutralidad.

Y, desde luego, debe advertirse que la cuestión en torno al «modelo económico» de la Constitución no es baladí ni fruto de reflexiones meramente académicas. Por el contrario, la neutralidad económica de la Constitución impide juzgar cualquier medida pública desde la perspectiva de su conformidad o disconformidad con la economía (social) de mercado, atribuyendo a este juicio consecuencias de carácter jurídico-constitucional¹⁶. En concreto, defender la existencia de un modelo económico en la Constitución Económica —para identificarlo en la mayor parte de las ocasiones con la economía (social) de mercado— incide o puede incidir, de forma notable, a la hora de practicar las necesarias ponderaciones entre los «elementos de procedencia liberal del sistema»¹⁷ (libertad de empresa) y las habilitaciones de intervención pública en la economía (iniciativa pública y reserva al sector público). El resultado, en estos casos, suele ser una fuerte restricción de los títulos de intervención pública¹⁸.

Conocidas estas premisas en torno al verdadero contenido de la Constitución Económica estamos en condiciones de analizar la jurisprudencia del TC referida a los artículos 128 y 132 de la CE.

a) El artículo 128 CE (Riqueza, iniciativa pública y reserva al sector público).

El Título VII de la CE se inicia con una declaración, la contenida en su artículo 128.1, en el sentido de que «Toda la riqueza del país en sus distintas formas y, sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general». Lo

⁷ En este epígrafe no se tratarán las cuestiones relativas a las reservas de ley en relación con los instrumentos de intervención en la economía ni las que se refieren a la distribución de competencias económicas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Como ya anunciamos estos problemas serán objeto de un tratamiento individualizado en los epígrafes III y IV de este trabajo.

⁸ Prueba de este interés doctrinal es que la totalidad de la doctrina que se ha ocupado de la Constitución Económica se ha formulado la cuestión de la existencia de un «modelo económico» en la misma. En este sentido con abundantes referencias bibliográficas: ALBERTI ROVIRA, Enoch. *Autonomía política y unidad económica...* op. cit., pp. 187-188.

⁹ Sobre la ordenación de los distintos modelos: DE JUAN ASENJO, Óscar. *La constitución económica española: iniciativa económica pública «versus» iniciativa económica privada en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 54 y ss.

¹⁰ SCHMIDT, Reiner. *Staatsrechtliche Verantwortung für die Wirtschaft*. En Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (Hrsg. Von Josef Isensee und Paul Kirchhof). Band III: Das Handeln des Staates. Zweite, durchgesehene Auflage. Heidelberg: Müller, 1988, pp. 1.149 y 1.151.

¹¹ Sobre la adscripción particular a esta posición, y a otras minoritarias, puede consultarse: ALBERTI ROVIRA, Enoch. *Autonomía política y unidad económica...* op. cit. 187-188. BARQUERO ESTEVAN, Juan Manuel. *La función del tributo en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 64.

¹² No obstante debe resaltarse que esta es la posición mantenida por el magistrado D. Luis Díez Picazo en su voto particular a la STC 37/1981: «Por ello, nos parece que la norma del artículo 38 y la referencia a la libre empresa en el mercado de la economía social de mercado permite un sistema económico de economía plenamente liberal, una economía intervenida y una economía planificada por lo menos a través de una planificación indicativa». Por ese motivo resulta difícil de entender la precisión de ARINO en el sentido de que el Tribunal Constitucional español habría llegado a la conclusión de que la Constitución es neutral en materia de orden económico: ARINO, Gaspar. *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 103.

¹³ *BVerfGE* 4,7, 17. Al parecer esta jurisprudencia se ha reiterado en pronunciamientos ulteriores. En este sentido: ALBERTI ROVIRA, Enoch. *Autonomía política y unidad económica...* op. cit., p. 184 (nota 14).

¹⁴ En la línea, como vimos más arriba, del *BVerfG*.

¹⁵ Sobre la conexión entre definición descriptiva y formal de la Constitución Económica y el principio de neutralidad económica: ALBERTI ROVIRA, Enoch. *Autonomía política y unidad económica...* op. cit., pp. 184; 191-192; ALBERTI ROVIRA, Enoch. *La Constitución Económica. Tendencias a los veinte años de la Constitución*. En La experiencia constitucional (1978-2000) (dirs. Gumersindo Trujillo, Luis López Guerra y Pedro González-Trevijano). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 127.

¹⁶ En este sentido: SCHMIDT, Reiner. *Staatsrechtliche Verantwortung für die Wirtschaft...* op. cit. pp. 1.151-1.152, siguiendo las conclusiones de la Sentencia *BVerfGE* 12, 341 (347).

¹⁷ Utilizo la acertada terminología de ALBERTI ROVIRA, Enoch. *Autonomía política y unidad económica...* op. cit., p. 183.

¹⁸ Claro ejemplo, en este sentido, representan los trabajos iniciales de ARINO. En este sentido, de forma especialmente evidente: ARINO, Gaspar. *La empresa pública*. En *El modelo económico en la Constitución Española*. Volumen II. (dir. Fernando Garrido Falla). Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1981, p. 93-95. En similar sentido: BALADO RUIZ-GALLEGOS, Manuel. *Notas sobre el modelo económico constitucional español*, en *El sistema económico de la Constitución Española*, volumen I. XV Jornadas de Estudio. Madrid: Ministerio de Justicia, 1994, pp. 44-65.

cierto es que, independientemente de las polémicas de carácter doctrinal a las que el precepto ha dado lugar¹⁹, su contenido y efectos resultan difíciles de delimitar. Y esta indeterminación, que comienza por el propio concepto de «riqueza del país»²⁰ se traslada, qué duda cabe, a la jurisprudencia del TC respecto a este precepto particular.

Debe resaltarse que, en la mayor parte de los pronunciamientos del TC en torno al artículo 128.1 de la CE, la subordinación de toda la riqueza nacional al interés general parece no suponer nada más que una mera reiteración del contenido normativo del artículo 33.2 CE que, como es sabido, limita el contenido de los derechos de propiedad y herencia en virtud de la función social de los mismos. En este sentido deben entenderse afirmaciones como las contenidas en la STC 111/1983 de 2 de diciembre (FJ. 4.º):

«En esta línea de razonamiento es necesario destacar, en primer lugar, que la función social de la propiedad impone unos límites al ejercicio de la titularidad dominical (artículo 33.1 de la Constitución) [...] a lo que hay que sumar muy especialmente que el artículo 128 de la Constitución establece en su apartado primero que toda la riqueza del país, en sus distintas formas y sea cual fuere su utilidad, está subordinada al interés general».

También en la STC 37/1987 de 26 de marzo (FJ. 2.º):

«Por otra parte, no cabe olvidar que la incorporación de tales exigencias a la definición misma del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados por la propia Constitución, y de cuya eficacia normativa no es posible sustraerse a la hora de pronunciarnos sobre la vulneración o no por la Ley impugnada del contenido esencial o mínimo del derecho a la propiedad agraria que ésta delimita y regula. En este orden de cosas, hay que recordar: que el artículo 128.1 de la Constitución subordina toda la riqueza del país, en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, al interés general»²¹.

¹⁹ En particular, sobre si constituye o no una mera repetición de los contenidos previstos en el artículo 33 de la CE respecto al derecho de propiedad y herencia. Sobre esta cuestión puede consultarse: DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. *Artículo 128. Riqueza, Iniciativa pública y reserva al servicio público*. En Comentarios a la Constitución Española de 1978 (dir. Óscar Alzaga Villamil). Madrid: Cortes Generales-EDERSA, 1998, pp. 49-53.

²⁰ DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. *Artículo 128. Riqueza, Iniciativa pública...* op. cit., p. 49.

²¹ En el mismo sentido, aunque con matices que la extensión de este trabajo no permite analizar, se pronuncia la reciente STC 204/2004 de 18 de noviembre (FJ. 8.º) que declara conforme a la Constitución la atribución al Estado —en virtud del artículo 29.2 de la Ley General Presupuestaria— de los saldos de cuentas corrientes sin movimientos durante veinte años: «Pues bien, ninguna objeción cabe oponer desde la óptica del derecho a la propiedad privada a la opción de legislador de atribuir al Estado unos bienes abandonados por sus titulares y, por tanto, bienes nullius, pues tal atribución encuentra fundamento en su condición de gestor de los intereses generales de la comunidad que el Estado representa, al objeto de destinarlos a la satisfacción de aquellos intereses, lo que se conecta con el mandato del artículo 128.1 CE de subordinación al interés general de toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad».

Parece indudable que el artículo 128.1 se configura como un contrapeso del derecho de propiedad pero sin que el TC acierte a distinguir algún contenido o alguna exigencia distintos de los que derivan de la función social de la propiedad²².

Una posición distinta podría extraerse quizás de la STC 64/1982 de 4 de noviembre. En ella el TC tuvo ocasión de juzgar la constitucionalidad del artículo 3.3 de la Ley 12/1981, de 24 de diciembre, por la que se establecen normas adicionales de protección de los espacios de interés natural afectados por actividades extractivas. La Ley en general, y su artículo 3.3 en particular, otorgaban a la protección del medio ambiente un valor absoluto, impidiendo, prácticamente, la explotación de los recursos de las «secciones C y D». Y, frente a esta norma, el TC (FJ. 6.º) opone el siguiente argumento:

«...conviene fijar la atención en el hecho de que con arreglo al artículo 128.1 de la misma «toda la riqueza del país en sus distintas formas y fuese cual fuese su titularidad está subordinada al interés general». En una de sus aplicaciones, este precepto supone que no pueden substraerse a la riqueza del país recursos económicos que el Estado considere de interés general, aduciendo otras finalidades, como la protección del medio ambiente».

Conviene reparar en la indudable relevancia de este pronunciamiento en lo que al contenido y efectos del artículo 128.1 de la CE se refiere. Porque si se contrasta esta Sentencia con las reproducidas más arriba, podrá advertirse que el citado precepto adquiere aquí una dimensión distinta a la de un mero refuerzo del artículo 33.2 de la CE, esto es, de la función social de la propiedad. La subordinación de la riqueza del país al interés general adquiere en este punto una dimensión de carácter objetivo que va mucho más allá de la función social de la propiedad que se predica del derecho subjetivo de propiedad. Y en este sentido el fundamento jurídico que se reproduce entronca, de forma plena, con la concepción del artículo 128.1 de la CE, sostenida por algunos sectores de la doctrina. En este sentido son del mayor interés las palabras del profesor DE LA QUADRA-SALCEDO que reproducimos literalmente: «Esa perspectiva subjetiva implica, de entrada, que la función social se predica de un derecho subjetivo; por el contrario, la subordinación de la riqueza del país al interés general constituye una previsión que no está ligada, en principio, a derecho alguno, sino a los bienes que conforman la riqueza nacional»²³. Y debe añadirse, aunque no sea objeto específico de este epígrafe, que esta nueva dimensión —objetiva— del artículo 128.1 puede servir para que encuentren cobertura constitucional las mutaciones demaniales, las reservas de dominio y otras figuras semejantes²⁴.

²² Y debe advertirse que en este mismo sentido se ha pronunciado también la doctrina: ALZAGA, Óscar. *La Constitución Española de 1978*. Madrid: 1978, p. 782. GARCÍA PELAYO, Manuel. *Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución*. En Obras Completas, tomo III. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, p. 2.860.

²³ DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. *Artículo 128. Riqueza, Iniciativa pública...* op. cit., p. 50.

²⁴ DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. *Artículo 128. Riqueza, Iniciativa pública...* op. cit., p. 53.

Más complejo en cuanto a su contenido —aunque de ello no se derive la existencia de un mayor número de pronunciamientos del TC— resulta el párrafo segundo del artículo 128 de la CE. Este precepto reconoce la iniciativa pública en la actividad económica permitiendo además que, mediante ley, puedan reservarse al sector público recursos o servicios esenciales y acordar la intervención de empresas cuando así lo exija el interés general. En este precepto se contienen tres habilitaciones, del todo diversas, que requieren tratamientos diferenciados, sin perjuicio de que, a todas ellas, subyace una idea común.

La primera institución a la que debe aludirse en este punto es la intervención pública en la economía prevista en el artículo 128.2. 1.ª de la CE. Lo cierto es que la abundantísima literatura sobre este particular contrasta —de forma especialmente patente en este supuesto— con los escasos pronunciamientos del TC. Sorprende que determinados temas esenciales de la Constitución Económica, que subyacen a este precepto —la pervivencia o no del principio de subsidiariedad, la admisibilidad de la empresa pública con finalidad exclusivamente financiera o las condiciones de ejercicio de la iniciativa pública, por citar las más relevantes— no hayan merecido excesiva atención por parte del TC. No obstante, sí que es posible reconstruir el régimen jurídico de la iniciativa pública, al hilo de determinados pronunciamientos «*obiter dicta*» y también del Auto del Tribunal Constitucional —en adelante ATC— 63/1991 de 21 de febrero que inadmitió un recurso de amparo contra la Sentencia dictada por la Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1990, esta última de enorme relevancia en el tema que nos ocupa²⁵.

Antes de analizar esta doctrina conviene dejar clara la cuestión discutida. Parece existir un acuerdo casi total en la doctrina²⁶ en el sentido de que el artículo 128.2. 1.º supone la superación del principio de subsidiariedad entendido éste como aquél que impone la limitación de la iniciativa pública en la economía a los casos en los que existiera una ausencia total de iniciativa privada²⁷. Sin embargo, superado este entendimiento de la iniciativa pública en la economía, persiste aún un segundo problema que el artículo 128.2. 1.º no aclara. Y es que dicho párrafo primero, a diferencia de lo que prevé el artículo 128.2. 2.º para la reserva al sector público y la intervención de empresas, no

exige la concurrencia de interés general, de lo que podría deducirse, *prima facie*, que la Administración, en lo que se refiere a la iniciativa pública en la economía, se situaría en pie de igualdad con los particulares (principio de co-iniciativa económica)²⁸. Sin embargo, la doctrina, partiendo fundamentalmente del principio de competencia, conforme al que actúan los órganos administrativos²⁹ y, sobre todo, del artículo 103 de la CE («*La Administración pública sirve con objetividad a los intereses generales...*»)³⁰ parece pronunciarse, de forma mayoritaria, por la exigencia de una conexión teleológica entre la iniciativa pública y los intereses generales. Es precisamente a esta cuestión a la que hace referencia la jurisprudencia del TC a la que aludimos seguidamente.

En una serie de pronunciamientos, no centrados específicamente en el problema de la iniciativa pública en la economía, el TC se posiciona sobre el diferente régimen salarial y negocial del personal al servicio de la Administración y de la Empresa privada —de cara a una hipotética vulneración del principio de igualdad— realizando una serie de afirmaciones de gran trascendencia para la cuestión que ahora nos ocupa:

«*Al consistir ésta en la propia Administración o en una Empresa pública existen notables rasgos diferenciadores frente a la Empresa privada. Por lo pronto, aquéllas no están sometidas exclusivamente al criterio económico del beneficio por lo que la determinación de los salarios en su seno no ha de ajustarse necesariamente a iguales fundamentos que en la Empresa privada*». (ATC 815/1985 de 20 de noviembre; FJ. 2.º)³¹.

En definitiva, el TC, al juzgar una cuestión de carácter retributivo, parte de una radical diferencia entre la Empresa Pública y la Privada. Y esa diferencia, la no sumisión exclusiva al criterio económico del beneficio, parece apuntar en el sentido de que la Empresa Pública sirve a un interés adicional que, en lo que aquí nos interesa, debería identificarse con los intereses generales que exige la doctrina a la que se ha hecho referencia con anterioridad.

Pero, con todo, el pronunciamiento más relevante, en este sentido, sea quizás el contenido en el ATC 63/1991 de 21 de febrero, por referirse específicamente al problema que nos ocupa. Para comprender la real importancia de este Auto quizás convenga conocer los hechos, aunque sea de modo somero. En 1985, ante la situación de crisis económica y de desempleo y la posibilidad, posteriormente confirmada, de que Barcelona fuera sede de los Juegos Olímpicos de 1992, el Ayuntamiento de Barcelona aprobó constituir una «sociedad anónima instrumental, como órgano de gestión indirecta del municipio para el ejercicio

²⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1990 resuelve un recurso de revisión promovido contra la Sentencia del Tribunal de 13 de noviembre de 1989 en el caso de la sociedad *Iniciatives* del Ayuntamiento de Barcelona. Posteriormente nos ocuparemos de este pronunciamiento y su relevancia para el problema de la empresa pública.

²⁶ Con la notable excepción de ARIÑO, Gaspar. *La empresa pública...* op. cit., p. 38. Mucho más moderado en: ARIÑO, Gaspar. *Economía y Estado...* op. cit., pp. 52-53, aunque algunos autores siguen encuadrándolo entre los defensores del principio de subsidiariedad (BARQUERO ESTEVAN, Juan Manuel. *La función del tributo...* op. cit., p. 66, nota 106).

²⁷ En este sentido: ROJO, Ángel. *Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución Española*. En Revista de Derecho Mercantil, n.º 169-170, 1983, pp. 309 y ss. BASSOLS COMA, Martín. *Constitución y sistema económico*. 2.ª edición. Madrid: Tecnos, 1988, p. 171. DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. *Artículo 128. Riqueza, Iniciativa pública...* op. cit., p. 54. BARQUERO ESTEVAN, Juan Manuel. *La función del tributo...* op. cit., p. 65.

²⁸ ROJO, Ángel. *Actividad económica pública...* op. cit., pp. 318-319.

²⁹ Sobre este argumento: DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. *Artículo 128. Riqueza, Iniciativa pública...* op. cit., p. 55.

³⁰ BASSOLS COMA, Martín. *Constitución y sistema económico...* op. cit. p. 172. ARIÑO, Gaspar. *Economía y Estado...* op. cit., pp. 52-53 (aunque con matices). DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. *Artículo 128. Riqueza, Iniciativa pública...* op. cit., pp. 55-56. BARQUERO ESTEVAN, Juan Manuel. *La función del tributo...* op. cit., p. 66.

³¹ En idéntico sentido pueden citarse los AATC 858/1985 de 4 de diciembre; FJ. 2.º y 731/1986 de 24 de septiembre; FJ. 2.º. También la STC 96/1990 de 24 de mayo; FJ. 3.º.

de actividades económicas de impulso y promoción de las empresas privadas», sociedad denominada «Iniciatives, Sociedad Anónima, Iniciatives Municipal Empresariales. S.P.M.»; todo ello por acuerdo del Pleno de su Consejo de 1 de octubre de 1985, inscribiéndose en el Registro Mercantil el 9 de abril de 1986. Posteriormente el acuerdo de constitución fue recurrido desestimando el recurso la Audiencia Territorial de Barcelona. Interpuesto recurso de apelación el Tribunal Supremo dictó sentencia el 10 de octubre de 1989 afirmando la licitud de las empresas públicas con fines empresariales pero condicionándola a que:

«la actividad desarrollada entrañe un indudable interés público apreciable y apreciado en el momento de su creación».

Presentado recurso de amparo ante el TC, éste se pronuncia en los siguientes términos, cuyo interés aconseja su reproducción literal:

«...la indefinición de las concretas actividades o negocios que la sociedad que se aprobaba iba a desarrollar conculca el principio de especialidad de las empresas públicas que exige «determinar con rigor, y precisión el objeto de la empresa pública», pues sólo conociéndola se podrá examinar si su ejercicio conviene o no al interés público». (ATC 63/1991 de 21 de febrero, FJ. 2.º).

A mi juicio este Auto, que ha pasado relativamente desapercibido en la doctrina, tiene la virtud de dejar claras toda una serie de cuestiones en torno al artículo 128.2. 1.º de la CE. De un lado, cierra las puertas a la tesis de la coinitiativa económica, dejando claro que la empresa pública y la empresa privada no se sitúan en pie de igualdad en lo que a las condiciones de iniciación de la actividad se refiere³². En segundo lugar, cierra el paso a la posibilidad de identificar el interés general, exigido para el inicio de la actividad, con el interés meramente financiero³³. En efecto esta equiparación se ha tratado de justificar, partiendo del carácter instrumental de la actividad financiera, y conectando ésta con la persecución de fines «directos» u «originarios». A mi juicio, no puede extraerse una conclusión distinta de la conexión entre «actividades de la sociedad», «objeto social» e «interés público» que, indudablemente, defiende el citado Auto. Por último el Auto supone, si se me permite la expresión, una «generalización» de los argumentos de la Sentencia del TS de 10 de octubre de 1989. En aquél caso, tratándose de una empresa pública creada por una Corporación local, pudo ser mucho el peso del artículo 86 de la Ley de Bases de Régimen Local que, como es sabido, exige a las entidades locales acreditar la conveniencia y oportunidad de la medida para ejercer la iniciativa pública en la economía³⁴. Sin embargo, el Auto que comentamos se expresa en términos generales respecto a la empresa

pública, predicando el principio de especialidad que las afecta en términos generales, más allá, por lo tanto, de los específicos requerimientos de la LBRL.

La segunda habilitación prevista en el artículo 128.2 de la CE es la que se refiere a la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales³⁵. La *publicatio* de recursos y, sobre todo, de servicios esenciales, plantea problemas muy diversos de orden constitucional de entre los que, en atención a la existencia de jurisprudencia constitucional, deben destacarse los referidos a dos conceptos centrales: el de reserva (necesidad o no de ejercicio de la actividad por el Estado o por los poderes públicos) y el de servicio esencial.

Empezando por el propio concepto de reserva debe traerse a colación una posición doctrinal, defendida en tiempos no demasiado lejanos, en el sentido de que dicha reserva implica la necesidad de que la actividad sea ejercida, directamente, por el sector público³⁶. De mantenerse esa posición la reserva no supondría, únicamente, la sustracción de una determinada actividad económica a los particulares, sino además y por imposición constitucional, la necesaria gestión directa por parte del sector público. Los modos de gestión impuestos o permitidos constitucionalmente, además del interés que puedan revestir en si mismos, inciden, de forma determinante, en la amplitud de las posibilidades de reserva. Porque, como ha señalado la doctrina, de entenderse que la CE impone la gestión directa podría llegarse a la conclusión de que, en los supuestos de cesión de la gestión a los particulares, podría no realizarse la reserva sin necesidad de ley e incluso para recursos o servicios no esenciales³⁷.

Sin perjuicio de que la doctrina haya rechazado frontalmente el concepto de reserva al sector público expuesto más arriba³⁸, lo cierto es que el TC, en reiterada jurisprudencia, parece asumir, con toda normalidad, que la reserva

como de manera específica en el caso de actividades empresariales de las Entidades Locales, el artículo 86.1 también aludido de su Ley Básica de 2 de abril de 1985». BARQUERO ESTEVAN, de acuerdo con su tesis del concepto de interés general, recalca la conexión de la STS de 10 de octubre de 1989 con el artículo 86 de la Ley de Bases de Régimen Local: BARQUERO ESTEVAN, Juan Manuel. *La función del tributo...* op. cit., pp. 76-77.

³⁵ No damos especial relevancia al inciso referido al caso de los monopolios en la medida en que, como ha reconocido De la Quadra-Salcedo, su contenido no supone más que un supuesto de preferencia o de especial avocación a la reserva, sin mayores consecuencias que, quizás, la de hacer más fácil la defensa de la reserva en caso de impugnación constitucional. DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. *Artículo 128. Riqueza, Iniciativa pública...* op. cit., p. 74. En sentido semejante: GÓMEZ F. MORANT, Rafael. *La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales.* En Estudios sobre la Constitución Española (Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría). Volum V. Madrid: Civitas, 1991, p. 3.828. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, José Luis. *La publicatio de recursos y servicios.* En Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín Retortillo. Madrid: Civitas, 2003, p. 705.

³⁶ En este sentido: FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. *Libertad de empresa y nacionalizaciones. Breve nota introductoria a un Seminario sobre «Aspectos jurídicos de las nacionalizaciones».* En Cuadernos Aragoneses de Economía, 1979, p. 223. MARTÍN REBOLLO, Luis. *De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica.* En Revista de Administración Pública, n.º 100-102, 1983, pp. 2523-2524. BASSOLS COMA, Martín. *Constitución y sistema económico...* op. cit., p. 178 y ss. MENÉNDEZ, Pablo. *Una interpretación renovada de la reserva de servicios esenciales a favor de las entidades locales. Especial referencia a abastecimiento de aguas y suministro de gas.* /En/ Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 89, 1996, p. 53.

³⁷ DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. *Artículo 128. Riqueza, Iniciativa pública...* op. cit., p. 66.

³⁸ En este sentido: ARIÑO, Gaspar. *Economía y Estado...* op. cit., p. 126. DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. *Artículo 128. Riqueza, Iniciativa pública...* op. cit., pp. 65-68.

³² Seguimos aquí la distinción entre condiciones de iniciación o establecimiento de la actividad y condiciones de ejercicio de la iniciativa a la que hace referencia: DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. *Artículo 128. Riqueza, Iniciativa pública...* op. cit., p. 57.

³³ BARQUERO ESTEVAN, Juan Manuel. *La función del tributo...* op. cit., pp. 69-71.

³⁴ En efecto, el fundamento de derecho 4.º de la STS que comentamos señala: «la justificación o el acreditamiento de la conveniencia y de la oportunidad de ejercer la iniciativa pública para llevar a cabo actividades económicas, son exigencias que imponen tanto con carácter general el artículo 103.1 ya citado de la

puede implicar la gestión directa por parte del sector público o la indirecta, operada mediante técnicas concesionales. Lo cierto es que son muchos los pronunciamientos del TC en los que se hace referencia a la posibilidad de que existan reservas al sector público con gestión indirecta mediante concesión:

«...adoptar el sistema de gestión indirecta del servicio público requiere una decisión del legislador y un desarrollo legislativo que este Tribunal no puede suplir» (STC 12/1982 de 31 de marzo; FJ. 5.º)³⁹;

«la declaración de la actividad de radiodifusión —sonora y de televisión— como servicio público no supone, por sí sola, un obstáculo insalvable para la gestión por los particulares de esa actividad» (STC 106/1986 de 24 de julio; FJ. 3.º);

«...no puede considerarse contraria a los derechos de libertad de expresión e información reconocidos en el artículo 20.1 a) y d) C.E., la necesidad de obtener una concesión administrativa» (STC 31/1994 de 31 de enero; FJ. 5.º).

Pero la jurisprudencia del TC no se limita a reconocer la gestión indirecta sino que, yendo más allá, y sobre la base de diversos argumentos, se llega a reconocer que la concesión constituye un auténtico deber:

«la calificación de la televisión como un servicio público esencial se encuentra dentro de las potestades del legislador en su libertad de configuración normativa convirtiéndose en una de entre las varias opciones constitucionalmente lícitas. Lo que no significa, sin embargo, que mediante la invocación de dicha tesis, se habilite a los poderes públicos a poder legitimar un injustificado sacrificio de tales derechos de libertad y, en concreto, la ausencia de regulación de procedimientos legales que permitan el lícito acceso a la creación de medios por particulares en los distintos soportes tecnológicos hasta la medida en que lo permitan las condiciones técnicas y económicas de cada momento» (STC 127/1994 de 5 de mayo; FJ. 6.º)⁴⁰.

Creo por lo tanto que puede decirse, con total rotundidad, que la reserva de servicios esenciales no requiere la gestión directa por el sector público sino que, muy al contrario, es posible que la coyuntura técnica y/o económica impongan, precisamente, el acceso de los particulares a dicha gestión.

El segundo problema que plantea el artículo 128.2. 2.º de la CE, en lo que a la reserva al sector público se refiere, es el del concepto de servicio esencial que actúa, a la postre, como límite principal a la posibilidad efectiva de reserva. Y la delimitación de este concepto implica un problema de partida. Aun cuando la doctrina haya defendido de forma mayoritaria que el de servi-

cio esencial es un concepto jurídico indeterminado, sometido al control del Tribunal Constitucional⁴¹, lo cierto es que la propia jurisprudencia del TC demuestra que, salvo en casos extremos —poco probables— resultará difícil controlar las decisiones del Parlamento, sin proceder a revisar una decisión de orden estrictamente político⁴². Creo que de las palabras del TC no puede extraerse una conclusión distinta:

«La idea de servicio público no constituye una noción unívoca y sí un concepto muy debatido por la doctrina científica —con detractores y valedores—, sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con finalidades también distintas. Un debate doctrinal en el que no corresponde a un Tribunal Constitucional terciar, so pretexto del ejercicio de su función de control normativo, de no ser inevitable para alcanzar un pronunciamiento de adecuación a la Constitución de la declaración que el artículo 1 de la Ley efectúa», y, más adelante «La declaración de la televisión como servicio público no es contraria, en sí misma y sin necesidad de mayores razonamientos, a la Constitución; ningún precepto constitucional la impide expresa o tácitamente. Es, pues, una opción, entre otras constitucionalmente posibles, que puede tomar el legislador». (STC 127/1994 de 5 de mayo; FJ. 6.º)⁴³.

Sin embargo sí que creo que es posible deducir de la jurisprudencia del TC una característica fundamental del concepto de servicio esencial que vaya más allá del rechazo de reservas disparatadas⁴⁴. En este sentido, el problema esencial reside en determinar el alcance que se atribuye a la esencialidad de un servicio. Porque, en principio, y planteando las opciones de forma abstracta, sería posible vincular dicho carácter esencial con las necesidades vitales de los individuos o de la comunidad en su conjunto. Desde luego, y a pesar de ciertas interpretaciones doctrinales de la jurisprudencia del TC en otro sentido⁴⁵, parece bastante claro que el Tribunal se inclina por analizar el

⁴¹ DE JUAN, Óscar. «Principios rectores de la empresa pública en la Constitución Española de 1978», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 25, 1980, p. 262. GARRIDO FALLA, Fernando. *El modelo económico en la Constitución Española*, volumen I, (dir. Fernando Garrido Falla). Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1981, p. 65. SOSA WAGNER, Francisco. *La gestión de los servicios públicos locales*. 4.ª edición. Madrid: Civitas, 1999, p. 41. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ, José Luis. *La publicación de recursos y servicios...* op cit., p. 704.

⁴² En este sentido: ARIÑO, Gaspar. *Economía y Estado...* op. cit., p. 117.

⁴³ Con anterioridad se habían producido manifestaciones semejantes, en este sentido, aunque mucho menos rotundas: «Todo ello permite afirmar que la configuración de la televisión como servicio público, aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro orden jurídico-político, se encuentra dentro de los poderes del legislador». (STC 12/1982 de 31 de marzo, FJ. 4.º).

⁴⁴ Un buen ejemplo del método de la reducción al absurdo en la delimitación del concepto de servicio esencial constituyen las palabras de ARIÑO: «Salvo en algún caso realmente impensable o ridículo (por ejemplo que se declarase servicio esencial la fabricación de bikinis o de pelucas para señora) cualquier apreciación que haga el Parlamento sobre la trascendencia de un recurso...es un juicio de valoración política que no puede revisar un tribunal». ARIÑO, Gaspar. *Economía y Estado...* op. cit., p. 117.

⁴⁵ En este punto debe citarse la posición de DE LA QUADRA. Analiza la posibilidad de trasvasar el concepto de servicios esenciales construido por el TC a efectos del derecho fundamental de huelga a la reserva prevista en el artículo 128 de la CE (como ha propuesto la doctrina: MARTÍN RETORTILLO, Sebastián

³⁹ En el mismo sentido la STC 74/1982 de 7 de diciembre; FJ. 2.º.

⁴⁰ Existen Sentencias anteriores en la que se deja entrever esta posición y que la propia STC 127/1994 cita: SSTC 189/1991 y 31/1994: «...la idea de servicio público no es una etiqueta que una vez aplicada al medio permita cualquier regulación, porque hay en juego derechos subjetivos referidos a comunicar libremente pensamiento e información».

concepto desde la segunda perspectiva citada: «...es esa una noción (se refiere a la de servicio esencial) que, por su amplitud, puede abarcar a estos servicios de radiodifusión de indudable importancia o esencialidad en las sociedades de masas contemporáneas, para suministrar información plural a través de determinados soportes técnicos y permitir formar opinión pública». (STC 127/1994 de 5 de mayo; FJ. 6.º)⁴⁶.

b) El artículo 132 de la CE (Bienes de Dominio Público y Bienes Patrimoniales).

La jurisprudencia del TC en torno a cuestiones de bienes públicos (dominio público y bienes patrimoniales) se ha centrado, sobre todo, en cuestiones de carácter territorial y formal (reserva de ley). Por eso motivo dejamos su tratamiento para los epígrafes III y IV de este trabajo.

La actuación de las Corporaciones Locales. (Acotaciones al Proyecto de Ley de regulación de las bases de régimen local). En Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 42, 1984, p. 342; GÓMEZ FERRER MORANT, Rafael. La reserva al sector público... op. cit. p. 3.825; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, José Luis. La publicación de recursos y servicios... op. cit., p. 702). Y rechaza esta posibilidad sobre la base de que dicho concepto se vincula a los bienes e intereses satisfechos que se identifican, necesariamente, con los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos (DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. Artículo 128. Riqueza, Iniciativa pública... op. cit., pp. 70-71). Recientemente esta tesis ha sido objeto de crítica por López Muñoz señalando que el artículo 28.2 de la CE no sólo piensa en servicios imprescindibles para la supervivencia de los individuos e indicando que no deben confundirse los servicios esenciales con los servicios mínimos. Lo cierto es que la lectura de la STC 26/1981 de 17 de julio; FJ. 10.º, aconsejan, cuanto menos, tener en cuenta las precisiones de DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. «Dados los términos en que en el momento actual el debate se encuentra establecido, existen por lo menos dos conceptos, a los que se ha llamado, aunque tal vez no muy exactamente, amplio y estricto. De acuerdo con una primera idea, «servicios esenciales» son aquellas actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad. De esta manera, en la definición de los servicios esenciales entrarían el carácter necesario de las prestaciones y su conexión con atenciones vitales. De acuerdo con una segunda concepción, un servicio no es esencial tanto por la naturaleza de la actividad que se despliega como por el resultado que con dicha actividad se pretende. Más concretamente, por la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza. Para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos. Como bienes e intereses esenciales hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionales protegidos. A nuestro juicio, esta línea interpretativa, que pone el acento en los bienes y en los intereses de la persona —y no la primera que se mantiene en la superficie de la necesidad de las organizaciones dedicadas a llevar a cabo las actividades— es la que debe ser tenida en cuenta, por ser la que mejor concuerda con los principios que inspira la Constitución».

⁴⁶ Ese mismo concepto parece mantenerse también en pronunciamientos anteriores. Así debe citarse la STC 12/1982 de 31 de marzo: «El artículo 1.2 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, consagra el principio de que la radiodifusión y la radiotelevisión son «servicios públicos esenciales» cuya titularidad corresponde al Estado. La consideración de la televisión como un servicio público esencial, la fundamenta el legislador en la concepción que al respecto mantiene y que manifiesta paladinamente en el preámbulo de dicha Ley. Se dice allí que tanto la televisión como la radiodifusión son un vehículo esencial de información y de participación política de los ciudadanos, de formación de la opinión pública, de cooperación con el sistema educativo, de difusión de la cultura española y de sus nacionalidades y regiones y de medio de contribución para que la libertad y la igualdad sean efectivas. Todo ello permite afirmar que la configuración de la televisión como servicio público, aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro orden jurídico-político, se encuentra dentro de los poderes del legislador. 5. Si partimos de la consideración de que la calificación de la televisión como servicio público, que consagra el artículo 1 de la Ley 4/1980, no está cuestionada...».

2. Los preceptos del Título VII referidos a cuestiones de carácter financiero. Especial atención a los artículos 133 (Tributos), 135 (Deuda Pública) y 134 (Presupuestos)

Si, como vimos más arriba, la llamada Constitución Económica se configura de modo disperso en distintos preceptos del texto constitucional, la conclusión para la Constitución Financiera no puede ser distinta. En efecto, y a diferencia de lo que ocurre en otros países⁴⁷, el Título VII de la CE no monopoliza la regulación de las cuestiones de carácter financiero. En efecto existen otras normas del texto constitucional de igual o incluso mayor contenido y relevancia que las previstas en los artículos 133 a 136 de la CE. Esta realidad se hace especialmente patente, en lo que se refiere a la vertiente financiera del ingreso⁴⁸ en la medida en que es el artículo 31 de la CE el que recoge los principios constitucionales tributarios. Por ese motivo, y al igual que ocurría en el análisis de la jurisprudencia del TC sobre la Constitución Económica, será necesario al centrarse en la Constitución Financiera, hacer referencias constantes a preceptos de la Constitución no ubicados formalmente en su Título VII.

Asumiendo la bipartición clásica la de actividad financiera⁴⁹, y por lo tanto del propio Derecho Financiero, nos centraremos primeramente en la vertiente de los ingresos públicos, analizando la jurisprudencia del TC en materia tributaria (artículo 133 CE)⁵⁰. Posteriormente nos ocuparemos de cuestiones referentes al Derecho Presupuestario (artículo 134 CE).

a) Principios materiales tributarios. Contenido necesario en un comentario del artículo 133 CE.

Si se analizan de forma pormenorizada los distintos apartados del artículo 133 de la CE se advertirá que su comentario debe centrarse, al menos «prima facie», en dos aspectos de enorme de relevancia. De un lado debería

⁴⁷ Me refiero, en concreto a la Constitución Alemana de 1949 cuyo Título X (Das Finanzwesen) contiene todas las normas constitucionales que hacen referencia explícita a cuestiones de orden financiero (sobre esta unificación normativa y su falta de precedentes en el constitucionalismo histórico alemán: VOGEL, Klaus. Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes. /En/ Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (Hrsg. Von Josef Isensee und Paul Kirchhof). Band IV: Finanzverfassung — Bundestaatliche Ordnung. Zweite, durchgesehene Auflage. Heidelberg: Müller, 1999, p. 5). Esto no significa, sin embargo, que la regulación contenida en dicho título sea completa. Por el contrario existen cuestiones de enorme importancia, particularmente en la vertiente financiera del ingreso, que se deducen de preceptos constitucionales ubicados en Títulos distintos.

⁴⁸ Con la excepción de la Deuda pública (regulada de forma exclusiva en el artículo 135 de la CE) y de los ingresos patrimoniales (a los que la CE no hace referencia alguna, salvo que ésta pretenda ubicarse en el artículo 132.3 de la misma).

⁴⁹ Las precisiones conceptuales sobre la actividad financiera pueden consultarse en: SAINZ DE BUJANDA, Fernando. Hacienda Pública, Derecho Financiero y Derecho Tributario, en Hacienda y Derecho, vol I, 1.ª edición, 2.ª reimpresión. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975, pp. 6-25.

⁵⁰ En este epígrafe no haremos referencia a cuestiones referentes a la Deuda Pública. En el epígrafe III nos centraremos en determinados aspectos conflictivos de este ingreso público en relación con la reserva de ley prevista en el artículo 135 de la CE.

hacerse referencia a la reserva de ley tributaria, en la medida en que la jurisprudencia del TC, conforme a la exigencia prevista en el apartado primero del precepto (... mediante ley), ha querido anclar este principio en el citado precepto, sin perjuicio de que el artículo 31.3 de la CE haga referencia a la misma cuestión⁵¹. Lo mismo podría decirse del apartado 3 del artículo 133 que establece el principio de reserva de ley para beneficios fiscales que afecten a tributos del estado. De otro lado existe un segundo problema, respecto al que la jurisprudencia constitucional es abundante y es el referido a la distribución del poder financiero en la vertiente del ingreso entre los distintos niveles de gobierno. Aunque existen otros preceptos constitucionales relevantes en la materia lo cierto es que los párrafos primero y segundo del artículo 133 de la CE han jugado un papel central en la jurisprudencia constitucional, particularmente en lo que se refiere al establecimiento por parte del Estado de los principios informadores del sistema tributario autonómico y la configuración de la hacienda local. Sin embargo, siguiendo el esquema propuesto en el primer epígrafe del trabajo, estas cuestiones serán objeto de análisis en los epígrafes III y IV.

No obstante estimo que el comentario de estos preceptos resultaría incompleto de no analizarse una cuestión que incide, de forma esencial, en la llamada Constitución Financiera. Me refiero, en concreto, a los principios materiales de la imposición, con especial atención al de capacidad económica. Estas son cuestiones que, desde un punto de vista de ubicación en la Constitución, entroncan más con el artículo 31 que con el 133 de la CE. Sin embargo este problema determina, en términos absolutos, la Potestad para establecer tributos a la que se refiere el propio artículo 133 de la CE y supondría un error de primer orden dejarlo al margen de este comentario, en atención, única y exclusivamente, a su ubicación formal en el Título I de la CE. A esto se añade que una mínima coherencia con el análisis que se ha realizado respecto a los preceptos de la Constitución Económica exige no limitarse, única y exclusivamente, a las cuestiones referentes a la reserva de ley y la ordenación territorial del Estado, sino centrarse también en aspectos de carácter estrictamente material.

No cabe duda, y así lo ha reconocido el TC, con fórmulas variadas⁵², de que, entre los principios materiales de la imposición recogidos en el artículo 31.1 de la CE —capacidad económica, igualdad, progresividad y no confisca-

toriedad—, el primero ocupa una posición preeminente⁵³. Aún cuando el TC también haya hecho hincapié sobre la idea de que el principio de capacidad económica no agota, en sí mismo, las exigencias de justicia tributaria⁵⁴, su carácter central, así como el papel esencial que el principio juega en algunas elaboraciones doctrinales recientes⁵⁵, aconsejan detenerse en el tratamiento que el principio ha merecido en la jurisprudencia del TC. A mi juicio dos son las ideas básicas que deben extraerse de la jurisprudencia del TC en torno al principio de capacidad económica y de las cuales derivan, como luego veremos, la limitada operatividad de este principio en el control de constitucionalidad de las normas tributarias:

a) El TC ha tenido que afrontar un problema que, en principio, no debería haber incidido en la construcción jurisprudencial del principio de capacidad económica pero que, a raíz de la posición inicial adoptada, lo ha hecho de forma determinante. Me refiero, en concreto, a la cuestión de los tributos extrafiscales. En efecto, el TC ha tenido que enfrentarse, en numerosas ocasiones, al problema de si los impuestos con fines no recaudatorios deben ser enjuiciados, también, desde la perspectiva del principio de capacidad económica o si, por el contrario, dicho principio les es completamente ajeno. A pesar de que, antes incluso de la propia existencia del TC, algún sector doctrinal se hubiera pronunciado sobre los peligros de cohonestar la tributación extrafiscal con el principio de capacidad económica⁵⁶, el TC ha insistido obstinadamente en construir esta vinculación. En efecto, la STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ. 13 se ha pronunciado en el siguiente sentido:

«Como ya hemos señalado, es constitucionalmente admisible que el Estado, y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias, establezcan impuestos que, sin desconocer o contradecir el principio de capacidad económica o de pago, respondan principalmente a criterios económicos o sociales orientados al cumplimiento de fines o a la satisfacción de intereses públicos que la Constitución preconiza o garantiza. Basta que dicha capacidad económica exista, como riqueza o renta real o potencial en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador al crear el impuesto, para que aquel principio constitucional quede a salvo»⁵⁷.

El verdadero problema de esta tesis no está tanto en desconocer los verdaderos fundamentos de la imposición extrafiscal, sino en vaciar de contenido el

⁵¹ En este sentido las SSTC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ. 3.º; 116/1994, de 18 de abril, FJ. 3.º; 185/1995, de 14 de diciembre, FJ. 3.º; 182/1997, de 28 de octubre, FJ. 8.º; 14/1998, de 22 de enero, FJ. 11.º; 233/1999, de 16 de diciembre, FFJJ 18.º y 24.º; 242/1999 de 21 de diciembre, FJ. 18.º y 24.º; 132/2001, de 8 de junio, FJ. 5.º; 63/2003 de 27 de marzo FFJJ 1.º, 5.º, 6.º y 7.º; 137/2003, de 3 de julio, FJ. 6.º; 150/2003, de 15 de julio, FFJJ 1.º y 3.º; 108/2004, de 30 de junio, FJ. 7.º.

⁵² En este sentido: STC 19/1987, de 17 de febrero; FJ. 3.º «...criterio inspirador del sistema»; STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ. 6.º «...principio ordenador»; STC 46/2000, de 17 de febrero, FJ. 1.º «...principio que, en todo caso, debe presidir el sometimiento de los sujetos pasivos al sistema tributario».

⁵³ Esta es una idea reconocida también en la doctrina: por todos RUIZ ALMENDRAL, Violeta; ZORNOZA PÉREZ, Juan José. *Constitución Económica y Hacienda Pública...* op. cit., p. 673.

⁵⁴ SSTC 27/1981, de 20 de julio, FJ. 4.º y 221/1992, de 11 de diciembre de 1992, FJ. 4.º.

⁵⁵ Nos referimos, en concreto, a la construcción de TIPKE expuesta, básicamente, en su Tratado de Derecho Tributario. TIPKE, Klaus. *Die Steuerrechtsordnung*. Band I. Wissenschaftsorganisatorische, systematische und grundrechtsstaatliche Grundlagen. 2., völlig überarbeitete Auflage. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2000, 567 p. Sobre las posiciones fundamentales en torno al principio de capacidad económica, recientemente: PALAO TABOADA, Carlos. «Nueva visita al principio de capacidad contributiva», *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 124, 2004, pp. 770-776.

⁵⁶ PALAO TABOADA, Carlos. *Apogeo y crisis del principio de capacidad contributiva*. En Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro. Volumen II. Madrid: Tecnos, 1975, pp. 393-396.

⁵⁷ Esta jurisprudencia se ha repetido en pronunciamientos ulteriores: STC 186/1993, de 7 de julio, FJ. 4.º y STC 134/1996, de 22 de julio, FJ. 6.º y STC 193/2004, de 4 de noviembre, FJ. 5.º, esta últimas no referidas, específicamente, a la imposición extrafiscal.

principio de capacidad económica convirtiéndolo en un criterio inservible para el control de constitucionalidad de las normas tributarias⁵⁸. Ese efecto de vaciamiento puede comprobarse en todas aquellas sentencias en las que el TC ha hecho uso de su amplia concepción del principio de capacidad económica que identifica con la existencia de riqueza real o potencial: permitiendo la aplicación del principio nominalista en el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana⁵⁹, justificando el denominado «impuesto sobre aprovechamientos cinegéticos» extremeño⁶⁰, declarando constitucional la exigencia, por anticipado, de las contribuciones especiales en el ámbito local en función del coste previsto para el año siguiente⁶¹ o entendiendo que el deudor hipotecario manifiesta una capacidad económica potencial por el mero hecho de la constitución de la garantía real⁶². Con independencia del acierto o desacierto de estos pronunciamientos se impone una reflexión en torno al concepto de rentas potenciales que maneja el TC.

Debe dejarse claro que el TC ha tratado de diferenciar el concepto de capacidad económica potencial de la mera riqueza ficticia o virtual. En este sentido destaca la STC 221/1992 de 11 de diciembre, FJ. 4.º señalando:

«El principio de capacidad económica opera, por tanto, como un límite al poder legislativo en materia tributaria. Aunque la libertad de configuración del legislador deberá, en todo caso, respetar los límites que derivan de dicho principio constitucional, que quebraría en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea no ya potencial sino inexistente o ficticia»⁶³.

Esta idea se enmarca en un postulado, de mayor alcance, según el cual la propia existencia del principio de capacidad económica prohibiría gravar rentas inexistentes⁶⁴. Sin embargo, a pesar de que esta afirmación puede resultar

clara en términos conceptuales, lo cierto es que el TC ha dado pie al gravamen de determinadas rentas no ya potenciales sino manifiestamente inexistentes. El caso más evidente⁶⁵ es el de la Sentencia del Tribunal Constitucional referida a las correcciones monetarias en el Impuesto Municipal sobre El Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana (STC 221/1992, de 11 de diciembre). Lo cierto es que, aunque el TC reconoce, en multitud de ocasiones⁶⁶, que el gravamen de plusvalías meramente nominales puede resultar contrario al principio de capacidad económica— *«...su fundamento radica en el deseo de gravar, en la medida de lo posible, los incrementos de valor reales, excluyendo del gravamen los incrementos debidos exclusivamente a las alteraciones de los niveles de precios»* (FJ. 5.º A) *«No puede desconocerse, sin embargo, que el mantenimiento a ultranza, sin excepciones, del principio nominalista en el ordenamiento tributario puede dar lugar, en ciertos casos, a situaciones incompatibles con la plena vigencia del sistema tributario justo a que se refiere el artículo 31.1 del Texto constitucional»* (FJ. 5.º C), *«...la valoración de los elementos patrimoniales según criterios estrictamente nominales puede conducir a gravar en todo o en parte rentas aparentes, no reales»* FJ. 5.º C), termina aceptando plenamente esa posibilidad con argumentos no del todo claros, pero, en todo caso, conectados con su concepción general del principio de capacidad económica.

No puede pasarse por alto, sin embargo, que, en tiempos recientes, el TC ha intentado afinar su concepción del principio de capacidad económica tratando de establecer una frontera entre las manifestaciones de capacidad económica potenciales y las meramente ficticias. En este sentido debe entenderse la declaración de inconstitucionalidad de la Disposición Adicional 4ª de la Ley de Tasas y Precios Públicos que imponía, las consecuencias fiscales de los incrementos patrimoniales derivados de transmisiones lucrativas para transmisiones onerosas por actos «inter vivos» cuando el valor comprobado a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales excediera el consignado por las partes en más de un 20% siempre que el exceso fuese superior a 2.000.000 de pesetas. Respecto a esta norma la STC 194/2000, de 19 de julio, FJ. 8.º, tuvo ocasión de señalar:

«...no cabe duda de que la disposición adicional cuarta LTPP, al establecer la ficción de que ha tenido lugar al mismo tiempo la transmisión onerosa y lucrativa de una fracción del valor del bien o derecho, lejos de someter a gravamen la verdadera riqueza de los sujetos intervinientes en el negocio jurídico hace tributar a éstos por una riqueza inexistente, consecuencia esta que, a la par que desconoce las exigencias de justicia tributaria que dimanarían del artículo 31.1 CE, resulta también claramente contradictoria con el principio de capacidad económica reconocido en el mismo precepto».

⁵⁸ Sobre esta idea viene insistiendo la doctrina española desde hace tiempo: PALAO TABOADA, Carlos. *Apogeo y crisis...* op. cit., pp. 395-396. PALAO TABOADA, Carlos. *Nueva visita al principio...* op. cit., p. 770. Negando que el principio de capacidad económica pueda sustentar la imposición extrafiscal: RUIZ ALMENDRAL, Violeta. *Impuestos y Estado Social*. En Finanzas Públicas y Constitución (coord. Juan Zornoza Pérez). Quito: Corporación Editora Nacional, 2004, pp. 51-52. RUIZ ALMENDRAL, Violeta; ZORNOZA PÉREZ, Juajosé. *Constitución Económica y Hacienda Pública...* op. cit., p. 690. RUIZ ALMENDRAL, Violeta. *La compleja compatibilización del establecimiento de beneficios fiscales por motivos medioambientales con el principio de igualdad tributaria (A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 20 de abril de 2004, sobre los impuestos ecológicos «Ökosteuer»*, en *Crónica Tributaria*, n.º 114, 2005, 185.

⁵⁹ STC 221/1992, de 11 de diciembre, FFJJ 4.º y 7.º.

⁶⁰ STC 14/1998, de 22 de enero, FJ. 11.º.

⁶¹ STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ. 14.º.

⁶² ATC 24/2005, de 18 de enero, FJ. 4.º.

⁶³ La misma idea se repite en las SSTC: 194/2000, de 19 de julio, FJ. 9.º y 193/2004, de 4 de noviembre, FJ. 5.º.

⁶⁴ Con formulaciones diversas: STC 27/1981, de 20 de julio, FJ. 4.º: *«Capacidad económica a efectos de contribuir a los gastos públicos, tanto significa como la incorporación de una exigencia lógica que obliga a buscar la riqueza allí donde la riqueza se encuentra»*. STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ. 13.º: *«Basta que dicha capacidad económica exista...»*. STC 150/1990, de 4 de octubre, FJ. 9.º: *«capacidad económica, a efectos de contribuir a los gastos públicos, tanto significa como la incorporación de una exigencia lógica que obliga a buscar la riqueza allí donde la riqueza se encuentra»*. STC 221/1992, de 11 de diciembre: *«quebraría en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea no ya potencial sino inexistente o ficticia»*. STC 214/1994, de 14 de julio, FJ. 5.º: *«si se sometiera a tributación una renta que, pese a estar configurada legalmente como el rendimiento neto del sujeto, sólo fuera en realidad una renta inexistente, ello podría afectar al principio de capacidad económica, que exige gravar la renta o riqueza real del sujeto, como reiteradamente se ha declarado por este Tribunal»*.

⁶⁵ Esa evidencia no deriva sólo de la existencia de un voto particular a la Sentencia formulado por el magistrado Álvaro Rodríguez Bereijo. La doctrina también se ha mostrado contraria al pronunciamiento en lo que atañe a la aplicación al caso del principio de capacidad económica: HERRERA MOLINA, Pedro. *Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*. Madrid: Marcial Pons, 1998, pp. 135-136.

⁶⁶ Ya se había pronunciado, en este sentido, aunque con menor contundencia, en la STC 27/1981, de 20 de julio, FJ. 6.º: *«Pero lo que hace el artículo 37 es una adecuación a la actual situación inflacionista que responde a la naturaleza del Impuesto sobre la Renta que ha de contemplar incrementos reales no monetarios»*.

En la misma línea de depuración conceptual se sitúa el pronunciamiento del TC respecto al tratamiento en el Impuesto sobre Actividades Económicas de los sujetos pasivos que cesan en el ejercicio de la actividad económica durante el periodo impositivo y que debían soportar la tributación correspondiente al periodo completo sin hacerse distingo alguno respecto a aquellos trimestres en los que no hubiera existido actividad económica alguna. La STC 193/2004, de 4 de noviembre, FJ. 7.º concluye:

«Pero, además, dado que, como hemos señalado, la norma viene a gravar situaciones de hecho inexpressivas de capacidad económica, contradice formalmente el principio de capacidad económica que la Constitución garantiza igualmente en el artículo 31.1».

Estos pronunciamientos y, en particular, el referido al Impuesto sobre Actividades Económicas, pueden marcar un cambio de tendencia en la jurisprudencia del TC que permita una revitalización del principio de capacidad económica como auténtico parámetro de enjuiciamiento constitucional de las normas tributarias.

b) Al margen de algunos pronunciamientos excepcionales, el TC aplica el principio de capacidad económica en conexión con el de igualdad⁶⁷. La fórmula, con escasos matices, suele ser siempre la misma: *«...la igualdad ante la Ley tributaria resulta indisociable de los principios de generalidad, capacidad económica, justicia y progresividad igualmente enunciados en el artículo 31.1 CE»*⁶⁸. Pudiera pensarse que esta fórmula obedece, única y exclusivamente, al deseo del TC de mantener las vulneraciones del principio de igualdad en materia tributaria al margen del recurso de amparo, estableciéndose una distinción –no exenta por cierto de artificio⁶⁹– entre el principio general de igualdad ante la ley (artículo 14 CE) y el principio de igualdad tributaria (artículo 31.1 CE). En efecto, desde el ATC 230/1984, de 11 de abril, FJ. 1.º se mantiene esta posición en los términos que reproducimos a continuación:

«El artículo 31.1 de la Constitución establece el principio de que el sistema tributario ha de ser justo e inspirarse en los principios de igualdad y progresividad. La simple mención conjunta de estos dos principios evidencia que el primero de ellos no puede ser entendido en términos tales que impidan al legislador, al establecer el sistema fiscal que estima justo, intro-

*ducir diferenciaciones entre los contribuyentes, bien sea atendiendo a la cuantía de sus rentas, al origen de éstas o cualesquiera otra condición social que considere relevante para atender al fin de la Justicia. Es patente, por tanto, que no estando el artículo 31 entre aquellos que pueden servir de fundamento al recurso constitucional de amparo, la invocación del mismo como base de una argumentación que pretenda fundamentar la petición de amparo en una supuesta violación del principio de igualdad, no es suficiente para admitir a trámite la demanda en que tal petición se formula»*⁷⁰.

Sin embargo, atribuir a esta vinculación entre principio de igualdad tributaria y de capacidad económica una relevancia exclusivamente procesal (exclusión del recurso de amparo) sería un error. En efecto, las Sentencias citadas más arriba, en las que se contiene el carácter indisociable del principio de igualdad y los principios materiales del artículo 31.1 de la CE, fueron dictadas, salvo casos muy excepcionales⁷¹, en recursos o cuestiones de inconstitucionalidad en los que, obviamente, el deseo de evitar una avalancha de recursos de amparo no tenía ninguna trascendencia. Demostrada la relevancia material de esta vinculación, deben estudiarse algunas de sus consecuencias más sobresalientes. En este trabajo, no podemos analizar el acierto o desacierto de la necesaria vinculación del principio de igualdad con los principios materiales de la imposición⁷². Mi preocupación se centra, más bien, en la vinculación inversa, es decir en analizar si la capacidad económica, como parámetro de control constitucional, resulta indisociable del principio de igualdad tributaria o, expresado de forma más directa, si es posible declarar la inconstitucionalidad de una norma tributaria por vulneración del principio de capacidad económica en aquellos casos en los que no existe un tratamiento diferenciado, desde una perspectiva tributaria, para distintos colectivos.

Lo cierto es que de la jurisprudencia constitucional no puede deducirse, sin más, la existencia de una vinculación bidireccional entre igualdad tributaria y capacidad económica. En otras palabras, el TC no se ha manifestado, de forma directa, en el sentido de que toda norma contraria al principio de capacidad económica sea resultado de una vulneración del principio de igualdad. Sin embargo, y a mi juicio, esta idea de vinculación recíproca se encuentra latente en alguno de los pronunciamientos del TC. Me refiero, en concreto, a la STC 221/1992, de 11 de diciembre, en cuyo fundamento jurídico quinto se afirma:

⁶⁷ En este sentido: PALAO TABOADA, Carlos. *Nueva visita al principio...* op. cit., p. 780: «Salvo escasas excepciones, el Tribunal Constitucional español ha aplicado conjuntamente los principios de igualdad y capacidad contributiva, reunidos en el artículo 31.1 CE, ...»

⁶⁸ En este sentido: STC 27/1981, de 20 de julio, FJ. 4.º; STC 19/1987, de 17 de febrero, FJ. 19.º; STC 209/1988, de 10 de noviembre, FJ. 6.º; STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ. 4.º; STC 54/1993, de 15 de febrero, FJ. 1.º; STC 134/1996, de 22 de julio, FJ. 5.º; ATC 289/1999, de 30 de noviembre, FJ. 6.º; STC 46/2000, de 17 de febrero, FJ. 4.º; STC 96/2002, de 25 de abril, FJ. 7; ATC 261/2003, de 15 de julio, FJ. 3.º; ATC 269/2003, de 15 de julio, FJ. 3.º; STC 193/2004, de 4 de noviembre, FJ. 3.º; STC 255/2004, de 23 de diciembre, FJ. 4.º; ATC 24/2005, de 18 de enero, FJ. 3.º; y STC 10/2005, de 20 de enero, FJ. 5.º.

⁶⁹ Críticos en este sentido: RUFZ ALMENDRAL, Violeta; ZORNOZA PÉREZ, Juan José. «Sistema tributario y Constitución», en *Finanzas Públicas y Constitución* (coord. Juan Zornoza Pérez). Quito: Corporación Editora Nacional, 2004, pp. 123-124.

⁷⁰ El mismo argumento se ha utilizado en pronunciamientos posteriores: ATC 392/1985, de 12 de junio, FJ. 2.º; STC 54/1993, de 15 de febrero, FJ. 1.º; STC 159/1997, de 2 de octubre, FJ. 3.º; STC 55/1998, de 16 de marzo, FJ. 2.º; STC 71/1998, de 30 de marzo, FJ. 4.º; STC 137/1998, de 29 de junio, FJ. 2.º; STC 36/1999, de 22 de marzo, FJ. 3.º; STC 84/1999, de 10 de mayo, FJ. 4; STC 200/1999, de 8 de noviembre, FJ. 3.º; ATC 1/2000, de 10 de enero, FJ. 4.º; STC 111/2001, de 7 de mayo, FJ. 7.º;

⁷¹ Me refiero, en concreto, a la STC 209/1988, de 10 de noviembre, en la que el criterio para discernir la hipotética vulneración del principio de igualdad, se extraía del artículo 14 de la CE y no del 31.1.

⁷² Este es un problema del que se ha ocupado, en profundidad, el Prof. PALAO: PALAO TABOADA, Carlos. *Apogeo y crisis...* op. cit., pp. 410-422. PALAO TABOADA, Carlos. *Nueva visita al principio...* op. cit., pp. 776-779.

«...el principio de capacidad económica no es un axioma del que puedan extraerse, por simple deducción lógica, consecuencias positivas, precisas y concretas, sobre la particular regulación de cada figura tributaria».

Esta afirmación, que entronca por otro lado con una concepción del tributo apegada a posiciones iusprivatistas tradicionales⁷³, impediría, en términos casi absolutos, enjuiciar el acomodo de las normas tributarias al principio de capacidad económica sin referir el mismo a una vulneración de la igualdad tributaria. Si del principio no pueden extraerse consecuencias concretas sobre la configuración de las distintas figuras tributarias, parece bastante evidente que resultaría muy difícil detectar vulneraciones aisladas del mismo. De esta posición derivaría, por lo tanto, una vinculación bidireccional exclusiva entre igualdad tributaria y principio de capacidad económica.

A mi juicio el punto de partida del TC no convence. En este sentido, la doctrina alemana sostiene que el principio de capacidad económica puede concretarse mediante tomas de posición valorativas (*Grundwertungen*) que se materializan en deducciones –a partir del principio general– primarias (*Primärableitungen*) y secundarias (*Sekundärableitungen*)⁷⁴.

Las deducciones primarias constituyen tomas de posición valorativas de carácter fundamental, muy cercanas (en términos de formulación) al postulado de la justicia y, en esa medida, ofrecen al legislador posibilidades de elección muy reducidas. Entre ellas distingue el profesor BIRK la elección de la fuente de riqueza gravada, la de las magnitudes económicas relevantes dentro de la riqueza gravada previamente seleccionada⁷⁵ y la elección de una tarifa progresiva o proporcional. Por el contrario, las deducciones secundarias constituyen valoraciones particulares que detallan las deducciones de tal manera que permiten convertirlas en normas concretas. Se hace referencia, por ejemplo, a la elección de un concreto concepto de renta, o a la determinación cuantitativa del Mínimo Exento⁷⁶.

⁷³ Sobre estas posiciones desde una perspectiva crítica: BÁEZ MORENO, Andrés. *Normas contables e Impuesto sobre Sociedades*. Pamplona: Aranzadi, 2005, pp. 204-207.

⁷⁴ BIRK, Dieter. *Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen. Ein Beitrag zu den Grundfragen des Verhältnisses Steuerrecht und Verfassungsrecht*. Köln: Peter Deubner Verlag, 1983, p. 54-58. En una contribución posterior, se refiere el profesor BIRK a tres niveles de concreción del principio de capacidad económica que harían referencia respectivamente al gravamen de una capacidad económica real o potencial (*Ist-Soll Leistungsfähigkeit*), a la elección de la fuente de riqueza y a la configuración de normas tributarias concretas (BIRK, Dieter; BARTH, Rainer. En HÜBSCHMANN; HEPP; SPITALER. *Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung*. 10 Auflage. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1995, § 4 Rz. 57-459. Lfg. 155 November 1997) Posteriormente, y refiriéndose en concreto a la imposición empresarial sigue manteniendo la necesidad de concreción del principio de capacidad económica aunque sin precisar las deducciones primarias y secundarias: BIRK, Dieter. *Das Leistungsfähigkeitsprinzip in der Unternehmensteuerreform*. En *Steuer und Wirtschaft*, n.º 4, 2000, p. 329.

⁷⁵ Señala expresamente el Prof. BIRK, que no se refiere en concreto a la elección de un concepto de renta (a la que considera una deducción secundaria) sino más bien a decisiones de carácter general, como por ejemplo el gravamen de la renta disponible (existencia de un Mínimo Exento que deberá precisarse mediante una deducción secundaria) o la decisión sobre el gravamen de la renta efectiva (*Ist-Leistungsfähigkeit* o potencial (*Soll-Leistungsfähigkeit*)). BIRK, Dieter. *Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab...* op. cit., p. 55.

⁷⁶ BIRK, Dieter. *Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab...* op. cit., pp. 55-56.

La forma de argumentación que subyace al modelo de concreción propuesto por BIRK, encaja perfectamente en la lógica deductiva, de lo que es prueba inequívoca que los niveles de concreción se designen como deducciones primarias y secundarias. Además, si bien el modelo de concreción facilita, y se construye, como instrumento para legislar, eso no quiere decir que los niveles (deductivos) de concreción del principio de capacidad económica, no puedan actuar como criterio de control y, en particular, como criterios de control de constitucionalidad de las normas tributarias. En primer lugar, y eso es algo señalado por el propio BIRK, el modelo de concreción implica una exigencia de coherencia sistemática, de tal manera que las deducciones secundarias– o las normas que deriven de ellas entendemos –puedan conectarse racionalmente con las tomas de posición primarias de las que se deducen⁷⁷. En este sentido adquieren especial relevancia las exigencias de justicia del sistema de la jurisprudencia y doctrina alemanas⁷⁸. Pero además, creemos que es posible analizar la conformidad de las deducciones primarias con el principio de capacidad económica en general pues incluso los detractores de la concreción del principio llevan a cabo este análisis. En definitiva, y como ha reseñado también el propio profesor BIRK, la necesidad de concreción del principio de capacidad económica conduce a un control judicial limitado⁷⁹. Si reformulamos la afirmación, llegamos a la conclusión de que la posibilidad de concreción del principio de capacidad económica permite un control jurisdiccional aunque de carácter limitado.

A mi juicio, esta forma de articular la operatividad del principio de capacidad económica se pone de manifiesto en algunos pronunciamientos recientes del TC. Me refiero, en concreto, a la STC 193/ 2004, de 4 de noviembre. El TC parte, sin duda, de una deducción de carácter primario:

«...el principio de capacidad económica establecido en el artículo 31.1 CE impide que el legislador establezca tributos, sea cual fuere la posición que los mismos ocupen en el sistema tributario, de su naturaleza real o personal, e incluso de su fin fiscal o extrafiscal cuya materia u objeto imponible no constituya una manifestación de riqueza real o potencial, esto es, no le autoriza a gravar riquezas meramente virtuales o ficticias y, en consecuencia, inexpressivas de capacidad económica».

Y a partir de esta idea, el TC deduce que no tomar en consideración el cese de la actividad a efectos del cálculo de la cuota del Impuesto sobre Actividades Económicas implica el gravamen de una situación de hecho inexpressiva de capacidad económica (deducción secundaria). Podría alegarse que el TC desarrolla su argumentación analizando la posible inconstitucionalidad de un tratamiento fiscal diverso, en el IAE, para los supuestos de cese y alta en el ejercicio de actividades económicas. Desde luego, semejante conclusión no puede negarse, a la vista de la sentencia. Así, en su fundamento de derecho 7.º se indica:

⁷⁷ BIRK, Dieter. *Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab...* op. cit., p. 58.

⁷⁸ Sobre el particular puede consultarse: HERRERA MOLINA, Pedro. *Capacidad económica y sistema fiscal...* op. cit. pp. 139-141, con abundantes referencias doctrinales y jurisprudenciales.

⁷⁹ BIRK, Dieter y BARTH, Rainer, en *Hübschmann; Hepp; Spitaler. Kommentar...* op. cit., § 4, Rz. 460.

«De todo lo anterior se desprende que el artículo 90.2 LHL, en su redacción originaria, en tanto que no prevé la reducción de las cuotas del impuesto de actividades económicas en los supuestos de cese o baja en el ejercicio de actividades económicas, establece una discriminación contraria a los artículos 14 y 31.1 CE»⁸⁰.

Sin embargo, semejante afirmación supondría perder de vista una de las principales novedades que en la construcción dogmática del principio de capacidad económica supone la STC 193/2004⁸¹. Porque, como ya anunciamos más arriba, esta Sentencia ha servido para sentar las bases –con todas las dificultades que ello conlleva– entre la capacidad económica potencial y la meramente inexistente o virtual. En efecto, el fundamento jurídico 7.º de la Sentencia no se limita a detectar una vulneración del principio de igualdad tributaria en relación con el de capacidad económica. Por el contrario se añade: *«Pero, además, dado que, como hemos señalado, la norma viene a gravar situaciones de hecho inexpressivas de capacidad económica, contradice formalmente el principio de capacidad económica que la Constitución garantiza igualmente en el artículo 31.1»*. A mi juicio, esa afirmación supone que el TC juzga contraria al principio de capacidad económica cualquier tributación en el IAE que no tenga en cuenta el periodo real de duración de la actividad económica durante el periodo impositivo. En esa medida, y siguiendo esta línea de razonamiento, si el TC se hubiera enfrentado a una regulación que no tuviera en cuenta la reducción de las cuotas ni el casos de cese ni en los casos alta, la solución no podría haber sido distinta: se estaría gravando una capacidad económica ficticia. Y repárese en que, en ese hipotético caso, no existiría vulneración alguna del principio de igualdad tributaria.

En definitiva, la Sentencia comentada abre nuevas posibilidades para liberar al principio de capacidad económica de los corsés –impuestos por la propia jurisprudencia del TC– que han impedido, hasta la fecha, desarrollar plenamente su potencialidad como parámetro de enjuiciamiento constitucional de las normas tributarias.

b) Presupuestos Generales del Estado (artículo 134 CE). Especial atención a la naturaleza y contenido de la Ley de Presupuestos.

Debemos pasar ahora a la segunda vertiente de la actividad financiera, a la que ya hicimos alusión más arriba: la del gasto público. Lo cierto es que, a

⁸⁰ La argumentación que conduce a semejantes conclusiones se contiene en los fundamentos de derecho 4 a 6.

⁸¹ En esta línea parece incardinarse Patón García cuando señala: *«En definitiva, el criterio del Tribunal con respecto al principio de capacidad económica no aporta más a la doctrina que ya conocíamos»*. PATÓN GARCÍA, Gema. *Análisis de la STC 193/2004, de 4 de noviembre (RTC 2004/193): el principio de igualdad tributaria y el Impuesto sobre Actividades Económicas*. En *Quincena Fiscal*, n.ºs 3-4, 2005. Sin embargo, a continuación señala, de forma algo contradictoria: *«Sin embargo, este pronunciamiento es digno de mención por la función que entraña la capacidad económica al emplearlo en su valor de justicia tributaria prohibiendo el gravamen de rentas inexistentes que se localiza en el ejercicio de la libertad de configuración normativa del legislador. En otras palabras, atendiendo al aspecto temporal del tributo se desentraña un supuesto de inexistencia de la materialidad del hecho imponible»*.

diferencia de otras instituciones de la Constitución Económica y Financiera, el Presupuesto encuentra, en el artículo 134 de la CE, una regulación que, aunque no pueda considerarse exhaustiva, sí refleja la mayor parte de los problemas jurídico constitucionales relevantes. En efecto, la regulación constitucional del gasto público no presenta la nota de dispersión propia, por ejemplo, del régimen constitucional de los ingresos públicos y, en particular, de los tributos. Eso no significa que, en un comentario en torno al precepto, no deban traerse a colación otros artículos de la CE, en particular, el 31.2 (justicia en el gasto) y el 66.2 (función legislativa).

En un comentario de extensión limitada, como es éste, el problema reside en sintetizar convenientemente la jurisprudencia del TC en materia presupuestaria pues, como veremos a continuación, existe un gran número de pronunciamientos del TC sobre el particular. El modo más adecuado para ofrecer una panorámica significativo de la doctrina constitucional sobre este tema es seguramente elegir una serie de aspectos nucleares en torno a los Presupuestos Generales del Estado (PGE); entre ellos, y siendo conscientes de su carácter no exhaustivo, nos centraremos en dos temas clásicos del Derecho Presupuestario: la naturaleza y el contenido de la Ley de Presupuestos. Los aspectos de carácter territorial serán objeto de análisis, junto al resto de instituciones de la Constitución Económica y Financiera, en el epígrafe IV de este trabajo.

Es usual que el estudio de las instituciones jurídicas comience por la definición de su naturaleza, un título en el que –con mayor frecuencia de lo deseable– encuentran cobijo reflexiones de todo género, no siempre conectadas con los análisis posteriores más centrados en su regulación jurídico-positiva. Sin embargo, en el caso particular del Presupuesto, la repercusión de su naturaleza jurídica no puede ser mayor. Como es sabido, la discusión se centra, desde hace décadas, en el carácter de ley formal o ley material de la Ley de Presupuestos. La discusión resulta artificial, y siempre lastrada por concepciones del Derecho arcaicas⁸². Quizás por ese motivo, el TC se ha limitado a afirmar que la cuestión referente a la naturaleza jurídica de la Ley de Presupuestos está superada⁸³, reproduciendo, sin más, su particular definición de la LPG como: *«...Ley singular, de contenido constitucionalmente determinado»⁸⁴*. Aún cuando la cuestión ha ido perdiendo empaque durante el siglo XX puede no estar de más recordar la naturaleza jurídica de la Ley de Presupuestos, sobre todo, a la vista de determinados pronunciamientos judiciales, relativamente recientes. En efecto, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000 volvió a las

⁸² En efecto, en esta polémica ha tenido un gran peso, de un lado, una concepción del Derecho muy estrecha (reglas sobre relaciones entre particulares) y, de otro, la anómala circunstancia presupuestaria en Prusia durante la década de los setenta del siglo XIX.

⁸³ En este sentido: STC 27/1981, de 20 de julio, FJ. 2.º: *«...cuestión, en estos momentos superada, del carácter material o formal de esta Ley»*; STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ. 4.º: *«Desde la primera sentencia en la que abordó el tema de la Ley de Presupuestos, este Tribunal dio por sentado que se trata de una verdadera ley, considerando así superada la cuestión de su carácter formal o material de ley»*. STC 3/2003, de 16 de enero, FJ. 4.º: *«...superada la vieja controversia sobre el carácter formal o material de la ley de presupuestos generales...»*.

⁸⁴ STC 3/2003, de 16 de enero, FJ. 4.º.

tesis de la LPG como ley meramente formal en el conocido asunto de la congelación de salarios de los funcionarios durante 1997:

«...las Cortes Generales al aprobar el gasto público lo hacen con sometimiento a las Leyes por las mismas aprobadas, y ello porque tal acto no es más que la determinación de la finalidad que ha de aplicarse a lo ingresado por el Erario, realizado al margen de la potestad legislativa, y que como acto del poder público, se encuentra sometido a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico —artículo 9.1 de la Constitución—. Por la misma razón el Gobierno, en su elaboración de los Presupuestos, ha de respetar igualmente el Ordenamiento»⁸⁵.

Una cuestión directamente relacionada con la naturaleza jurídica del Presupuesto, y a la que el TC ha tenido que hacer frente desde sus primeros pronunciamientos, es el problema del carácter normativo (o no) de la autorización presupuestaria de créditos. Generalmente, en los procesos de impugnación de Leyes de Presupuestos, los Abogados del Estado han opuesto la falta de idoneidad de las autorizaciones de gasto como objeto del proceso constitucional (artículo 27.2 de la LOTC)⁸⁶. Pretende escindirse la Ley de Presupuestos en dos partes, de un lado, el texto articulado (recurrible ante el TC) y, de otro, los estados de gastos e ingresos, de los que se predica su falta de idoneidad como objeto del proceso constitucional. Pero, de igual manera, la respuesta del TC ha sido contundente:

«...por lo que se refiere a los estados de autorización de gastos, cada una de las Secciones presupuestarias —que contienen los créditos destinados a hacer frente a las correspondientes obligaciones del Estado— adquiere fuerza de ley a través de la norma de aprobación incluida en el artículo 1 de las respectivas Leyes de Presupuestos. Y no pierde tal carácter por el hecho de que para su comprensión, interpretación e incluso integración, sea preciso acudir a otros preceptos, tal como ocurre con muchas normas jurídicas»⁸⁷.

Si bien el TC ha declarado, en múltiples ocasiones, el carácter de ley formal y material del Presupuesto, con la misma contundencia se ha pronunciado respecto a su carácter singular. Así el TC se refiere a una ley de «...carácter singular»⁸⁸ o la «...peculiaridad de las Leyes de Presupuestos»⁸⁹. Pero, como ha señalado con acierto el profesor RODRÍGUEZ BEREJO⁹⁰, la singularidad o pecu-

liaridad de la Ley de Presupuestos, no deriva tanto de una supuesta naturaleza particular de la misma sino, más bien, de tres notas que caracterizan su régimen jurídico-constitucional: a) Su carácter instrumental en relación con la política económica; b) La limitación de la iniciativa legislativa y el derecho de enmienda que caracteriza el procedimiento parlamentario para su debate y aprobación (artículos 134.5 y 134.6 de la CE); c) Su carácter esencialmente temporal (artículo 134.2 de la CE).

Es precisamente esa singularidad, esas peculiaridades del régimen jurídico constitucional de la Ley de Presupuestos, la que influye, de forma determinante, en el segundo aspecto de la jurisprudencia constitucional presupuestaria digna de mención: el problema del contenido de las Leyes de Presupuestos. Tras una jurisprudencia inicial, enormemente flexible en torno al contenido de las Leyes de Presupuestos, el TC tuvo que salir al paso de determinadas prácticas —supuestamente justificadas en su propia jurisprudencia— y que, de modo abusivo, convertían a la Ley de Presupuestos en un vehículo de legislación ordinaria. La jurisprudencia del TC muestra en este punto una línea de restricción paulatina. Se parte de pronunciamientos iniciales en los que el único límite tangible al contenido de las Leyes de Presupuestos parece ser el previsto en el artículo 134.7 CE (creación y modificación de tributos)⁹¹. En algunos pronunciamientos posteriores, y siempre en la línea de flexibilidad a la que hacemos referencia, el TC matiza su posición, aunque sin derivar consecuencias concretas por lo que se refiere al contenido de las Leyes de Presupuestos. En efecto así debe entenderse la STC 63/1986, de 21 de mayo, cuyo fundamento jurídico 12 señala:

«...la obligación de incluir en los Presupuestos Generales del Estado la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal no impide que, junto a la consignación de las correspondientes partidas, la Ley que aprueba dichos Presupuestos establezca otras disposiciones de carácter general en materias propias de la ley ordinaria estatal (con excepción de lo dispuesto en el apartado 7 del mismo artículo 134 CE) que guardan directa relación con las previsiones de ingresos y las habilitaciones de gastos de los Presupuestos o con los criterios de política económica general en que se sustentan».

Como se ve el artículo 134.7 de la CE ha dejado de ser el único límite al contenido posible de las Leyes de Presupuestos exigiéndose ahora, además, que las materias propias de ley ordinaria guarden relación directa con las previsiones de ingresos y habilitaciones de gastos o con los criterios de política económica general.

Este pronunciamiento se verá depurado, en términos conceptuales, en la STC 65/1987, de 21 de mayo, en el que el Tribunal, hace referencia, por vez

⁸⁵ Felizmente, y como no podía ser de otra forma, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002 casó la Sentencia comentada.

⁸⁶ Ver, en este sentido: STC 63/1986, de 21 de mayo; STC 146/1986, de 25 de noviembre; STC 13/1992, de 6 de febrero.

⁸⁷ STC 63/1986, de 21 de mayo, FJ. 5.º. Esta idea se ha venido repitiendo posteriormente: STC 146/1986, de 25 de noviembre, FJ. 8.º; STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ. 5.º.

⁸⁸ STC 3/2003, de 16 de enero, FJ. 4.º.

⁸⁹ STC 27/1981, de 20 de julio, FJ. 2.º; STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ. 4.º; STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ. 1; STC 131/1999, de 1 de julio, FJ. 2.º.

⁹⁰ RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro. «Jurisprudencia constitucional y Derecho presupuestario. Cuestiones resueltas y temas pendientes», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 44, 1995, pp. 17-18.

⁹¹ Esta es la posición que mantiene Rodríguez Berejo, respecto a la STC 27/1981, de 20 de julio: RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro. «Jurisprudencia constitucional y Derecho presupuestario...», op. cit., p. 18.

primera, al concepto de «contenido mínimo, necesario e indisponible de la Ley de Presupuestos», que identifica con la previsión de ingresos y la autorización de gastos⁹², y que opone dialécticamente a «otras disposiciones de carácter general en materias propias de la Ley ordinaria⁹³» (lo que más tarde se llamará contenido posible o eventual). Como puede verse, y aunque la STC 65/1987 haya sido calificada en la doctrina como *leading case* respecto a la cuestión del contenido de la Ley de Presupuestos⁹⁴, su aportación no deja de ser puramente terminológica en la medida en que reproduce, de forma más o menos mimética, las dos aportaciones básicas de la STC 63/1986: la previsión de ingresos y la autorización de gastos no se configuran como contenido exclusivo y excluyente de la Ley de Presupuestos; las materias propias de ley ordinaria contenidas en la Ley de Presupuestos deben guardar una relación directa con previsiones de ingresos y autorizaciones de gastos o con los criterios de política económica general.

El cambio definitivo de tendencia se produce en la STC 76/1992, de 14 de mayo, y no sólo porque el TC aporte nuevas posiciones sobre el contenido posible de las Leyes de Presupuestos, sino también por el hecho de que, por vez primera, se declara inconstitucional una disposición de una Ley de Presupuestos, precisamente, por regular materias que le están constitucionalmente vedadas⁹⁵. En efecto, si se reproducen determinados fragmentos de la Sentencia comentada se advertirá que los cambios (en términos conceptuales) respecto a las afirmaciones vertidas en las SsTC 63/1986 y 65/1987, son importantes:

«En suma y con base en la doctrina expuesta debemos concluir que para que la regulación, por una Ley de Presupuestos, de una materia distinta a su núcleo mínimo, necesario e indisponible (previsión de ingresos y habilitación de gastos) sea constitucionalmente legítima es necesario que esa materia tenga relación directa con los gastos e ingresos que integran el Presupuesto o con los criterios de política económica de la que ese Presupuesto es el instrumento y que, además, su inclusión en dicha ley esté justificada, en el sentido de que sea un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno»⁹⁶.

En efecto, además de formularse, en términos cerrados, la distinción entre contenido mínimo, necesario e indisponible y contenido posible no necesario

y eventual de la Ley de Presupuestos⁹⁷, la STC 76/1992 añade un requisito adicional para entender lícita, en términos constitucionales, la inclusión de determinadas materias eventuales en dicha Ley: se requiere que la materia sea «conexa con la estrictamente presupuestaria». Y es precisamente esa conexión, a la que no se había hecho referencia en pronunciamientos anteriores, la que permite al TC rechazar una reforma de la Ley General Tributaria como la que pretendía la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1988, amparada, como hemos visto, en la extrema flexibilidad que el TC había mostrado en anteriores ocasiones:

«...esta incidencia en una materia propia de la Hacienda General, cual es la recaudación forzosa de los tributos, no es suficiente para poder afirmar que se dé la necesaria conexión directa de la norma en cuestión con el Presupuesto, en sentido estricto, o con los criterios de la política económica del Gobierno, pues antes al contrario el artículo 130 LGT es ante todo y sobre todo una norma de atribución a un órgano judicial de una función garantizadora de un derecho fundamental, la inviolabilidad del domicilio y de fijación de las condiciones del ejercicio de dicha competencia. Este es, pues, el contenido del precepto cuestionado, por lo que resulta claro su carácter de norma general del régimen jurídico aplicable a todos los tributos cuya incidencia en la ordenación del programa anual de ingresos y gastos es sólo accidental y secundaria y por ende insuficiente para legitimar su inclusión en la Ley de Presupuesto, cuyo contenido propio y su función constitucional (artículos 66.2 y 134.2 CE) resulta desvirtuado por la incorporación de normas típicas del Derecho codificado»⁹⁸.

Esta jurisprudencia puede entenderse plenamente asentada y ha servido al TC tanto para admitir la regulación por Ley de Presupuestos de determinadas materias⁹⁹ como para negarla¹⁰⁰. Aun cuando el concepto de «materia conexa

⁹² STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ. 3.º.

⁹³ STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ. 4.º.

⁹⁴ RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro. «Jurisprudencia constitucional y Derecho presupuestario...», op. cit., p. 18.

⁹⁵ Se trataba, en concreto, del artículo 130 de Ley General Tributaria, al que se daba nueva redacción en el artículo 110 de la Ley 33/1987, de Presupuestos Generales del Estado para 1988. La nueva redacción señalaba que: «previa exhibición del documento, individual o colectivo, acreditativo de la deuda tributaria, los Jueces de Instrucción autorizarán, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la solicitud, la entrada en el domicilio del deudor, siempre que se manifieste por los órganos de recaudación haber perseguido cuantos bienes sea posible trabar sin necesidad de aquella entrada».

⁹⁶ STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ. 4.º.

⁹⁷ En efecto, el FJ. 4.º de la STC señala: «Así pues, las leyes anuales de Presupuestos tienen un contenido mínimo, necesario e indisponible (STC 65/1987, fundamento jurídico 4.º), constituido por la expresión cifrada de la previsión de ingresos y la habilitación de gastos, y un contenido posible no necesario y eventual que puede afectar a materias distintas a ese núcleo esencial constituido por la previsión de ingresos y la habilitación de gastos».

⁹⁸ STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ. 4.º.

⁹⁹ Compensaciones económicas para altos cargos de la Administración autonómica (STC 202/2003, de 17 de noviembre, FJ. 9.º); ampliación de la prelación de créditos en relación con deudas por cuotas de la Seguridad Social (STC 109/2001, de 26 de marzo, FJ. 5.); la reasignación de efectivos en el seno de la Administración pública autonómica (STC 274/2000, de 15 de noviembre, FJ. 6.º); norma que prevé la recuperación de espacios que no se destinen a usos judiciales por el Ministerio de Justicia (STC 131/1999, de 1 de julio, FJ. 2.º y 3.º).

¹⁰⁰ Regulación de un supuesto de movilidad interadministrativa de los funcionarios de las distintas instituciones públicas de una Comunidad Autónoma (STC 274/2000, de 15 de noviembre, FJ. 6.); establecimiento de un régimen autonómico de multas coercitivas para estimular el cumplimiento de los actos administrativos en determinados ámbitos específicos (STC 180/2000, de 29 de junio, FJ. 6.º); regulación de los procedimientos de acceso de los funcionarios sanitarios locales interinos a la categoría de funcionarios de carrera (STC 174/1998, de 23 de julio, FJ. 6.º y 7.º); regulación de los procedimientos de provisión de los puestos de trabajo para el personal sanitario (STC 203/1998, de 15 de octubre, FJ. 3.º y 5.º); fijación de la edad cuyo cumplimiento determine el pase de los funcionarios del Cuerpo Nacional de

con la estrictamente presupuestaria», pueda resultar indeterminado, como ha puesto de manifiesto la doctrina, lo cierto es que la abundante jurisprudencia constitucional sobre el particular permite fijar determinadas materias, excluidas, *a priori*, de regulación por Ley de Presupuestos, particularmente en la regulación del empleo público.

Quedaría incompleto este comentario si no se hiciera referencia a una posición discrepante, mantenida por el magistrado D. Luis López Guerra, respecto a la doctrina sentada en la STC 76/1992 de 14 de mayo y que se ha reproducido en pronunciamientos posteriores¹⁰¹. Los votos particulares a los que hacemos referencia se enfrentan frontalmente con la doctrina del TC sobre el contenido de las Leyes de Presupuestos. Se afirma que del artículo 134 de la CE no pueden derivarse las consecuencias pretendidas por el Tribunal respecto al contenido eventual de las Leyes de Presupuestos. La limitación prevista en el artículo 134.7 de la CE es el único límite positivo de contenido que establece el texto constitucional para las Leyes de Presupuestos. Con independencia de la mayor o menor bondad técnica de la inclusión de contenidos heterogéneos en la Ley de Presupuestos, los magistrados discrepantes no consideran que la doctrina del TC sobre las exigencias sobre el contenido eventual de las Leyes de Presupuestos sean conformes ni con las peculiaridades del debate presupuestario «...no hay datos que permitan suponer en modo alguno que el legislador haya podido ver reducida su capacidad de examen de la norma de que se trata, de formulación de enmiendas y de discusión y votación en Pleno y Comisiones. No aparecen, pues indicios de que, en palabras de la opinión del Pleno, la norma cuestionada haya podido «suponer una restricción ilegítima de las competencias del poder legislativo, al disminuir sus facultades de examen o enmienda sin base constitucional¹⁰²», ni con el principio de seguridad jurídica: «... los términos en que viene a expresarse la norma cuestionada excluyen cualquier incertidumbre respecto a su contenido, a su fuerza vinculante y a la extensión de su pretensión de validez. [...] Se trata, pues, de una alteración, en una norma con rango de ley, promulgada y publicada en el modo usual, del contenido de un precepto legal, en forma clara y determinada¹⁰³».

Con independencia del acierto de las reflexiones contenidas en los votos particulares citados, la verdad es que, en este tema, la realidad se muestra tozuda. Para eludir los efectos de la STC 76/1992, a partir de ese ejercicio comenzó a presentarse, junto a la Ley de Presupuestos, la sedicente «Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social», que se tramitaba en paralelo a

la primera y con el mismo régimen de limitaciones propias de la singularidad de éstas. Estas leyes, conocidas como «de acompañamiento» se han estado aprobando hasta 2003, y aun está por ver si el TC, ante el que se ha presentado un recurso de inconstitucionalidad, impedirá también esta tentativa de fraude constitucional.

III. LAS RESERVAS DE LEY DEL TÍTULO VII DE LA CE

Prácticamente todas las instituciones relevantes reguladas en el Título VII de la CE exigen, de uno u otro modo, la regulación mediante ley. En lo que se refiere a la Constitución Económica puede pensarse en la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales (artículo 128.2.2: *Mediante ley se podrá reservar...*), en la intervención pública de empresas, en la planificación económica (artículo 131.1 CE: *El Estado, mediante ley, podrá planificar...*) en la regulación de los bienes de dominio público (artículo 132.1 CE: «*La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público...*») y del Patrimonio del Estado (artículo 132.3 CE: «*Por ley se regularán el Patrimonio del Estado...*»). Las cosas no son diferentes en los artículos dedicados a la regulación de la Constitución Financiera: así para los tributos (artículo 133.1 CE: «*La potestad originaria para establecer tributos corresponde exclusivamente al Estado mediante ley*»; 133.3 CE: «*Todo beneficio fiscal que afecte a los tributos del Estado deberá establecerse en virtud de ley*»; 134.7: «*La Ley de Presupuestos no podrá crear tributos. Podrá modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea*») o para la Deuda Pública (artículo 135 CE: «*El Gobierno habrá de estar autorizado por la Ley para emitir Deuda Pública o contraer crédito*»)¹⁰⁴.

Salvadas las distancias que impone la diversidad entre las instituciones propias de la Constitución económica y financiera y, dentro de cada una de ellas, de la diferente naturaleza de las figuras, lo cierto es que los problemas de la reserva de ley –o más bien de las distintas reservas de ley– radican, por regla general, en determinar el alcance de las mismas o, con palabras que han hecho fortuna en nuestra doctrina, en su carácter relativo o absoluto. Aun cuando, en el Título VII de la CE, el problema se plantea, sobre todo, en el ámbito tributario –al menos desde una óptica cuantitativa– no puede dejarse de lado que el alcance de la reserva de ley afecta, igualmente, a otras instituciones, señaladamente, a la exigencia de Ley para efectuar la reserva al sector público de servicios o recursos esenciales¹⁰⁵, para acordar la intervención de empresas o para emitir Deuda pública¹⁰⁶.

Policia a la situación administrativa de segunda actividad (STC 234/1999, de 16 de diciembre, FJ. 5.º y 6.º); nueva creación de un Cuerpo Superior de Letrados de una Comunidad Autónoma (STC 130/1999, de 1 de julio, FJ. 5.º y 7.º); regulación sobre las atribuciones y facultades de los Consorcios de Zonas Francas (STC 16/1996, de 1 de febrero, FJ. 6); la atribución de potestades de requerimiento de información y consiguiente deber de facilitarla por parte de las entidades bancarias y crediticias (STC 195 1994, de 28 de junio, FJ. 3.º).

¹⁰¹ Me refiero en concreto a los Votos particulares formulados por los magistrados D. Luis López Guerra al que se adhiere el magistrado D. Pedro Cruz Villalón (STC 178/1994, de 16 de junio), D. Luis López Guerra al que se adhiere el magistrado D. Pedro Cruz Villalón (STC 195/1994, de 28 de junio), D. Pedro Cruz Villalón (STC 32/2000, de 3 de febrero) y D. Pedro Cruz Villalón (STC 180/2000, de 29 de junio).

¹⁰² Voto particular que formula el magistrado D. Luis López Guerra a la STC 76/1992, de 14 de mayo.

¹⁰⁴ Dejamos al margen la reserva de ley en materia presupuestaria pues sus singularidades han sido objeto de tratamiento en el epígrafe II de este trabajo.

¹⁰⁵ En este sentido señala DE LA QUADRA-SALCEDO, «*Lo importante en este punto (se refiere a la reserva al sector público) consiste en determinar si la Ley a la que se llama implica la configuración de una reserva absoluta de Ley o por el contrario estamos ante una reserva relativa...*». DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. *Artículo 128. Riqueza, Iniciativa pública...* op. cit., p. 74.

¹⁰⁶ En este sentido señala TEJERIZO: «*La propia expresión utilizada pone de relieve que nos encontramos ante un supuesto de reserva de ley relativa y no absoluta...*». TEJERIZO LÓPEZ, José Manuel. *Deuda Pública. I/En/ I/En/ Comentarios a la Constitución Española de 1978* (dir. Óscar Alzaga Villamil). Madrid: Cortes Generales-EDERSA, 1998, pp. 357-358.

A la hora de determinar el alcance de la reserva de ley en las instituciones del Título VII el TC, de forma más o menos evidente, entiende reservadas a la ley las cuestiones esenciales que atañen a la regulación concreta. Este concepto de «elementos esenciales», que el Tribunal viene empleando desde sus primeras sentencias, entronca directamente con una tesis desarrollada en Alemania desde los años setenta y a la que se conoce como teoría de la esencialidad (*Wesentlichkeitstheorie*)¹⁰⁷. Conforme a esta tesis las decisiones esenciales en un Estado de Derecho, no sólo están reservadas a la ley, sino que requieren una efectiva regulación por parte del Parlamento. De ese modo la reserva de ley (*Gesetzesvorbehalt*) se convierte, también, en una reserva de Parlamento (*Parlamentsvorbehalt*) que impide al legislativo desentenderse de la regulación de determinadas materias remitiéndolas a normas reglamentarias.

Una vez descrita esta tesis, debemos comprobar cómo se ha reflejado la misma en las distintas instituciones de la Constitución económica y financiera. A pesar de que la doctrina que subyace a todos estos pronunciamientos es común, el análisis resulta obligadamente casuístico:

a) *Reserva al sector público e intervención de empresas.* Lo cierto es que en los problemas jurídico-formales (reserva de ley) del artículo 128.2 de la CE la jurisprudencia del TC es tan escasa como en el resto de cuestiones que atañen a los instrumentos que contiene el precepto¹⁰⁸. El mayor problema, en este punto, consiste en determinar si cada reserva al sector público o cada intervención de empresas requiere una ley específica o, por el contrario, se cubren las exigencias del principio de reserva de ley con una ley general en la que se establezcan los criterios generales de la reserva o la intervención, remitiendo al ejecutivo la decisión concreta de reservar o intervenir. En este punto la única referencia útil que podemos encontrar en la jurisprudencia del TC es una reflexión muy general y, desde luego de carácter incidental, que se contiene en la STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ. 10.º:

«La expresión mediante Ley que utiliza el mencionado precepto, además de ser comprensiva de leyes generales que disciplinan con carácter general de intervención, permite la Ley singularizada de intervención que, mediando una situación de extraordinaria y urgente necesidad y, claro es, un interés general legitimador de la medida, está abierta al Decreto-ley, por cuanto la mención a la Ley no es identificable en exclusividad con el de Ley en sentido formal».

¹⁰⁷ Al parecer la denominación se debe a OPPERMANN. OPPERMANN. *Nach welchen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu ordnen?* En Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages, 1976, Gutachten C, pp. 48 y ss. (citado por Arnim, Hans Herbert. *Zur Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts*. En Deutsches Verwaltungsblatt, Heft 24, 1987, p. 1.241).

¹⁰⁸ Y, en este punto, no creo que resulten útiles los argumentos literalistas –muy al uso en nuestra doctrina– sobre la fórmula particular elegida por el constituyente a la hora de formular la reserva. Sobre el uso de los términos «mediante ley» frente a otros, frecuentes en el texto constitucional –«de acuerdo con la ley» o «en los términos de la ley» y su repercusión para esta cuestión concreta puede consultarse: DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. *Artículo 128. Riqueza, Iniciativa pública...* op. cit., pp. 74-75

Lo cierto es que el fragmento reproducido parece abrir más interrogantes de los que resuelve. En efecto, habría que preguntarse si la afirmación resulta aplicable en exclusiva para el problema de la intervención de empresas o si, por el contrario, al referirse a la fórmula empleada, en términos globales, por el artículo 128.2.2 CE puede hacerse extensiva, también, a la reserva al sector público de servicios o recursos esenciales. A favor de una aplicación expansiva de esta doctrina, que abarque también a los supuestos de reserva al sector público, juega esencialmente la formulación conjunta de la reserva de ley en el propio artículo 128.2¹⁰⁹. Sin embargo, esa posición perdería de vista la posibilidad de flexibilizar una reserva de ley prevista de forma unitaria sólo para algunas de las instituciones sobre las que ésta recae. La flexibilización de la reserva de ley requiere, en definitiva, una justificación objetiva. Y mientras que, en el caso de la intervención de empresas, concurre esa justificación, no puede decirse lo mismo de la reserva al sector público. En efecto, como ha puesto de manifiesto la doctrina, la intervención de empresas debe presumirse urgente, conforme a su propia naturaleza, lo que se compadece mal con un entendimiento demasiado estricto de la reserva de ley¹¹⁰. Así pues, la previsión en una ley general de las condiciones básicas de la intervención y la remisión a normas de rango infralegal de la decisión concreta de intervenir, parece perfectamente conforme con la propia naturaleza de la intervención. Sin embargo, y como es obvio, esta justificación de la reserva de ley no puede utilizarse para las reservas al sector público en las que la nota de urgencia o bien no existe, o no se presenta de forma tan perentoria como en el supuesto particular de la intervención de empresas.

b) *La reserva de ley tributaria.* Lo cierto es que es en el ámbito tributario donde la teoría de la esencialidad, como forma de determinar el alcance de la reserva de ley, ha encontrado un mayor acomodo. De esta manera constituye casi una fórmula estereotipada, en la doctrina del TC, la afirmación de que la reserva de ley tributaria cubre «...la creación ex novo del tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo»¹¹¹. A partir de esta fór-

¹⁰⁹ Quizás habría que traer a colación en este punto el artículo 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local: «Se declara la reserva en favor de las Entidades locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de gas y calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros; servicios mortuorios. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios. La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además de lo dispuesto en el número 2 de este artículo, la aprobación por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma». De acuerdo con este precepto señala DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. *Artículo 128. Riqueza, Iniciativa pública...* op. cit., p. 75).

¹¹⁰ BASSOLS COMA, Martín. *Constitución y sistema económico...* op. cit., p. 204. DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. *Artículo 128. Riqueza, Iniciativa pública...* op. cit., pp. 75 y 78.

¹¹¹ STC 37/1981, de 16 de noviembre; STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ. 4.º; STC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ. 3.º; STC 19/1987, de 17 de febrero, FJ. 4.º; STC 221/1992, de 11 de febrero, FJ. 7.º; STC 332/1993, de 12 de noviembre, FJ. 1.º; STC 185/1995, de 14 de diciembre, FJ. 5.º; STC 14/1998, de 22 de enero, FJ. 11.º; STC 233/1999, de 13 de diciembre, FJ. 9.º; STC 63/2003 de 27 de marzo, FJ. 4.º; STC 150/2003, de 15 de julio, FJ. 3.º; ATC 306/2004, de 20 de julio, FJ. 4.º; STC 102/2005, de 20 de abril, FJ. 3.º; STC 121/2005, de 10 de mayo, FJ. 5.º.

mula podría pensarse que el TC ha configurado la reserva de ley tributaria de modo enormemente estricto, dejando un papel marginal y secundario al Reglamento. Nada más lejos de la realidad. Sin apartarse de la fórmula general a la que se ha hecho referencia el TC configura una serie de «factores de flexibilización de la reserva de ley» que, en atención a motivos de diversa índole, admiten una mayor colaboración reglamentaria.

Ya desde la STC 37/1981, de 16 de noviembre, el TC modula el alcance de la reserva de ley tributaria según la clase de tributo de la que se trate¹¹². Si bien en esta sentencia, como en otras posteriores¹¹³, se admite una especial flexibilización de la reserva de ley en la regulación de las tasas y los precios públicos no será hasta la STC 233/1999, de 16 de diciembre, cuando el TC aporte una justificación para dicha flexibilización:

«si la finalidad última de la referida reserva de ley es, según hemos destacado (SSTC 19/1987 y 185/1995), garantizar la «autoimposición de la comunidad sobre sí misma» y, en última instancia, «proteger la libertad patrimonial y personal del ciudadano», es evidente que cuanto menor sea la intensidad de la afectación sobre dicho patrimonio o mayor sea la capacidad de libre decisión que se otorgue al particular, menos precisa será la intervención de los representantes de los ciudadanos, esto es, más participación en la determinación de la prestación de carácter público cabe relegar a normas secundarias. Desde estas premisas, resulta admisible una mayor intervención de la potestad de ordenanza en aquellos ingresos, como las tasas que aquí se recurren, en los que se evidencia, de modo directo e inmediato, un carácter sinalagmático que no se aprecia en otras figuras impositivas»¹¹⁴.

¹¹² STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ. 4.º: «La competencia debe ser ejercida, sin embargo, conforme a la Constitución y las Leyes y la Constitución (artículos 31.3 y 133.2) exige que el establecimiento de tributos se haga precisamente con arreglo a la Ley, lo que implica la necesidad de que sea el propio Parlamento Vasco el que determine los elementos esenciales del tributo, siquiera sea con la flexibilidad que una tasa de este género requiere» y «Si éste precisara en la medida exigida por la Constitución y sin mengua de la flexibilidad de una tasa de este género...».

¹¹³ Me refiero, en concreto a las SSTC 19/1987, FJ. 4.º: «Tampoco puede —ni sería necesario ahora— determinar el diferente alcance de la reserva legal, según se esté ante la creación y ordenación de impuestos o de otras figuras tributarias» y 185/1995, de 14 de diciembre FJ. 5.º: «En el supuesto de las contraprestaciones fruto de la utilización de un bien de dominio público o de la prestación de un servicio o actividad administrativa, esta colaboración puede ser especialmente intensa en la fijación y modificación de las cuantías —estrechamente relacionadas con los costes concretos de los diversos servicios y actividades— y de otros elementos de la prestación dependientes de las específicas circunstancias de los distintos tipos de servicios y actividades...» y FJ. 6.º: «En el caso de los precios públicos, la multiplicidad de figuras que pueden incluirse en este concepto, así como la necesidad de tomar en consideración factores técnicos, pueden justificar que la ley encomiende a normas reglamentarias la regulación o fijación de su cuantía, conforme a los criterios o límites señalados en la propia ley que sean idóneos para impedir que la actuación discrecional de la Administración en la apreciación de los factores técnicos se transforme en actuación libre o no sometida a límite». Algunos autores han pretendido sostener que en estas Sentencias la relativización de la reserva de ley se relaciona con la clase de tributo sobre el que recaía la regulación (DOMENECH PASCUAL, Gabriel. *Límites sustanciales de las remisiones al Reglamento en materia tributaria. (A propósito de la STC 233/1999, de 16 de diciembre)*. En Revista General de Derecho, 2000, p. 9.191. Sin embargo, a mi juicio, en algunas de ellas no existe justificación alguna de la flexibilización, mientras que, en otras, es más bien el elemento del tributo el que justifica la relativización.

¹¹⁴ Esta doctrina se ha reiterado en pronunciamientos posteriores: STC 132/2001, de 8 de junio, FJ. 5.º; STC 63/2003, de 27 de marzo, FJ. 4.º; STC 102/2005, de 20 de abril, FJ. 3.º; STC 121/2005, de 10 de mayo FJ. 5.º.

Un segundo motivo de flexibilización de la reserva de ley es el que se relaciona con el concreto elemento del tributo del que la regulación se ocupe. En particular son los elementos de cuantificación (tipos de gravamen y, especialmente, la base imponible) los que permiten una mayor flexibilización, en atención, sobre todo, a las «complejas operaciones técnicas» que la regulación de la base imponible trae consigo. En este caso, debe citarse el que constituye *leading case* en este ámbito particular, la STC 221/1992, de 11 de diciembre, FJ. 7.º:

«En cuanto elemento necesario para la determinación del importe de la cuota tributaria, también la base imponible es un elemento esencial del tributo y, en consecuencia, debe ser regulada por Ley. No puede desconocerse, sin embargo, que en un sistema tributario moderno la base imponible puede estar integrada por una pluralidad de factores de muy diversa naturaleza cuya fijación requiere, en ocasiones, complejas operaciones técnicas»¹¹⁵.

El tercer factor de relativización de la reserva de ley en el ámbito tributario se identifica con las exigencias que derivan de la autonomía local. Ya en la STC 19/1987, de 17 de febrero, señalaba el TC la necesidad de ponderar las exigencias de la reserva de ley con las condiciones propias del sistema del sistema de autonomía territorial y, en particular, con la garantía constitucional de la autonomía municipal consagrada en el artículo 140 de la CE¹¹⁶. Sin embargo, será en la STC 233/1999, de 16 de diciembre, donde el Tribunal module los efectos reales de este factor de flexibilización, indicando las especialidades que para la reserva de ley en las tasas y otras prestaciones patrimoniales de carácter público, se derivan de las exigencias de la autonomía local. Así señala el TC respecto a las tasas locales:

«...en virtud de la autonomía de los Entes locales constitucionalmente garantizada y del carácter representativo del Pleno de la Corporación municipal, es preciso que la Ley estatal atribuya a los Acuerdos dictados por éste (así, los acuerdos dimanantes del ejercicio de la potestad de ordenanza), un cierto ámbito de decisión acerca de los tributos propios del Municipio, entre los cuales se encuentran las tasas»¹¹⁷.

¹¹⁵ La idea de la complejidad técnica y su influencia en el grado de colaboración reglamentaria en la fijación de los elementos de cuantificación se ha repetido en Sentencias posteriores: STC 185/1995, de 14 de diciembre, FJ. 5.º; STC 233/1999, de 16 de enero, FJ. 9.º; STC 63/2003, de 27 de marzo, FJ. 4.º; STC 150/2003, de 15 de julio, FJ. 3.º; STC 102/2005, de 20 de abril, FJ. 3.º; STC 121/2005, de 10 de mayo, FJ. 5.º.

¹¹⁶ STC 19/1987, de 17 de febrero, FJ. 4.º: «Procura así la Constitución integrar las exigencias diversas, en este campo, de la reserva de Ley estatal y de la autonomía territorial, autonomía que, en lo que a las Corporaciones Locales se refiere, posee también una proyección en el terreno tributario, pues éstos antes habrán de contar con tributos propios y sobre los mismos deberá la Ley reconocerles una intervención en su establecimiento o en su exigencia, según previenen los artículos 140 y 133.2 de la misma Norma fundamental...».

¹¹⁷ STC 233/1999, de 16 de enero, FJ. 9.º.

Y respecto a los precios públicos locales:

«...tampoco respecto de los precios públicos definidos en la LHL es posible trasladar, sin los necesarios matices, la doctrina que sobre la reserva de ley sentamos en la STC 185/1995. En efecto, una vez más debemos recordar que, mientras que en dicha Sentencia enjuiciábamos el respeto que a la reserva de ley tributaria mostraban prestaciones patrimoniales de carácter público estatales, en este lugar debemos decidir sobre la sintonía con el artículo 31.3 CE de un recurso propio de las Haciendas locales [artículo 2.1 e) LHL], circunstancia esta de la que derivan consecuencias específicas que no es posible soslayar»¹¹⁸.

No corresponde a un trabajo como éste entrar en profundidad respecto a los distintos factores de relativización de la reserva de ley desarrollados por el TC. Sin embargo sí que conviene dejar constancia de que ninguno de ellos resulta totalmente pacífico. El fondo de la cuestión radica en determinar hasta qué punto las justificaciones esgrimidas por el TC para relativizar la reserva (carácter sinalagmático de determinados tributos y prestaciones patrimoniales de carácter público; complejidad técnica de los elementos de cuantificación y autonomía local) son reales, en determinados casos, y coherentes con la mayor colaboración reglamentaria, en otros.

Sin pretensiones de exhaustividad habría que plantearse, en primer lugar, si el carácter sinalagmático o causal de determinados tributos influye en una mayor capacidad de libre decisión para el ciudadano y, por lo tanto, en menores exigencias de regulación legal. Si la coactividad en la solicitud o recepción de la prestación del servicio o de la actividad es la nota característica de la tasa como figura tributaria, mal se entiende cómo puede justificar su carácter sinalagmático la pretendida relativización de la reserva de ley. En definitiva, conviene no confundir el carácter sinalagmático de determinadas figuras tributarias con la menor coactividad de las mismas que es la nota que, según la propia jurisprudencia del TC, justifica la relativización de la reserva de ley.

Tampoco la complejidad técnica puede servir como argumento para relativizar la reserva de ley en lo que se refiere a los elementos de cuantificación del tributo y, en particular, la base imponible. Si, como reconoce la doctrina¹¹⁹, el fundamento de la reserva de ley, más allá del tradicional principio de autoimposición, debe buscarse en la función legitimadora que el procedimiento legislativo proporciona para la regulación de aspectos de carácter esencial o complejo no se entiende bien cómo puede ser precisamente la complejidad técnica de una determinada institución la que justifique un mayor grado de colaboración reglamentaria¹²⁰. Más bien dicha complejidad debería justificar una decisión en sentido contrario.

¹¹⁸ STC 233/1999, de 16 de enero, FJ. 18.º.

¹¹⁹ En este sentido puede consultarse, con abundantes referencias bibliográficas: DOMENECH PASCUAL, Gabriel. *Límites sustanciales de las remisiones...* op. cit., p. 9.186.

¹²⁰ Más en profundidad sobre las críticas a la relativización de la reserva de ley para los elementos de cuantificación del tributo: BÁEZ MORENO, Andrés. *El principio de reserva de ley tributaria y la base imponible del Impuesto sobre Sociedades. Una reflexión sobre la inconstitucionalidad del artículo 10.3 TRLIS*. En *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 128, 2005 pp. 853-860.

Por último convendría reflexionar también sobre el acierto de tomar la autonomía local como factor de relativización de la reserva de ley. Porque, en este caso, existen dos mandatos constitucionales en conflicto: la reserva de ley tributaria y la autonomía local. Y no se entiende cómo el TC, sin una ponderación previa, prima al primero sobre el segundo.

La tesis de los factores de relativización es una doctrina asentada pero no por ello exenta de problemas. Estas cuestiones requerirían, desde luego, una reflexión crítica pormenorizada que bien pudiera partir de las ideas apuntadas en el texto.

c) La reserva de ley en materia de deuda pública. En este punto, y a pesar de la inexistencia de jurisprudencia constitucional, conviene detenerse en el análisis de la práctica habitual en la emisión de deuda pública. Así se ha pretendido dar cumplimiento al artículo 135.1 de la CE (*El Gobierno habrá de estar autorizado por Ley para emitir Deuda Pública o contraer crédito*) fijando, en la Ley de Presupuestos, el saldo vivo de la Deuda, el montante máximo de Deuda y la autorización de emisión de la misma por parte del Gobierno¹²¹. Esta práctica ha venido a contradecir las posiciones doctrinales que identificaban las características esenciales de la emisión (reservadas a la ley según la teoría de la esencialidad) con el montante de la deuda, el plazo para su emisión y su retribución¹²² o con la cantidad máxima de emisión, la clase de deuda que puede emitirse, la forma y el plazo de reembolso y la finalidad específica de la emisión¹²³.

La práctica en la emisión de Deuda pública, debe juzgarse desde una doble óptica y ello teniendo en cuenta, como ya anunciamos, que no existe jurisprudencia constitucional al respecto: de un lado debe juzgarse la necesidad de una ley singular de emisión y, de otro, si el contenido de las Leyes de Presupuestos a este respecto es o no conforme con el alcance de la reserva de ley en materia de Deuda que debe derivarse del artículo 135 de la CE.

Respecto a la primera cuestión no parece que los límites al contenido de la Ley de Presupuestos a los que se ha hecho referencia en un epígrafe anterior puedan suponer un problema. Como pone de manifiesto la doctrina, la disciplina de la Deuda Pública muestra una conexión evidente con los ingresos y los gastos públicos y, en esa medida, no parece que deba entenderse vetada su emisión por Ley de Presupuestos¹²⁴.

Mayores problemas puede plantear esta práctica desde la perspectiva del alcance de la reserva de ley en materia de Deuda pública. En efecto, si el fundamento de dicha reserva pretende buscarse en la necesidad de que el legisla-

¹²¹ TEJERIZO LÓPEZ, José Manuel. *Deuda pública...* op. cit., p. 361.

¹²² FERREIRO LAPATZA, José Juan. *Curso de Derecho Financiero Español*. 21.ª edición. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 237-238.

¹²³ CAZORLA PRIETO, Luis María. *Comentario al artículo 135 de la Constitución*, en *Comentarios a la Constitución*. (dir. Fernando Garrido Falla). 2.ª edición. Madrid: Civitas, 1985, p. 2.054.

¹²⁴ TEJERIZO LÓPEZ, José Manuel. *Deuda pública...* op. cit., p. 359.

tivo controle la actuación del Gobierno en esta materia, el contenido de las Leyes de presupuestos sobre este particular resulta francamente insuficiente. Sin embargo, si la finalidad de esta reserva debe buscarse, más bien, en la fijación de un equilibrio entre los emisores (públicos y privados) de Deuda en el mercado de capitales¹²⁵, parece que el establecimiento de topes de endeudamiento en las Leyes de Presupuestos podrían colmar las exigencias constitucionales impuestas por el artículo 135 de la CE.

En todo caso, se trata de una cuestión abierta en la medida en que no existe jurisprudencia constitucional al respecto. Sin embargo, en todos estos razonamientos puede detectarse la pauta habitual a la que ya hemos hecho referencia más arriba. De un lado debe establecerse, en primera instancia, el fundamento de la reserva de ley correspondiente, para después, entender o no justificadas las posibles colaboraciones reglamentarias en la materia.

Como puede deducirse del tratamiento de las distintas figuras relevantes de la Constitución Económica y Financiera el TC español adopta una posición ecléctica. Pues si bien, sobre todo en el ámbito de la reserva de ley tributaria, parte de la teoría de la esencialidad fijando, *a priori*, el contenido de la institución necesariamente reservado a la ley, posteriormente, detecta una serie de justificaciones (no siempre coherente con el fundamento de la reserva de ley concreta) que permiten una mayor colaboración reglamentaria. Y esta posición flexible, a pesar de las críticas concretas que puedan formularse, debe aplaudirse en términos generales. En efecto, desde que el Tribunal Constitucional Alemán empezó a utilizar la fórmula de la esencialidad¹²⁶, las críticas de la doctrina alemana han sido constantes y, en algunos casos, extremadamente duras. En este sentido, se ha tildado a la teoría de la esencialidad de banalidad¹²⁷, fórmula vacía¹²⁸, declaración dogmática de bancarrota¹²⁹ o callejón sin salida¹³⁰. Las críticas se centran, básicamente, en la dificultad de determinar qué es lo esencial (frente a lo que no lo es), tarea abocada al fracaso y que, en la mayor parte de las ocasiones, no es más que un mero revestimiento jurídico de una

decisión libre (y seguramente predeterminada) del juez constitucional¹³¹. Debe hacerse notar que a estas críticas se ha sumado también parte de la doctrina española¹³².

IV. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ECONÓMICAS Y FINANCIERAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. LA CONSTRUCCIÓN DE TÍTULOS ESTATALES DE INTERVENCIÓN

La organización territorial del poder diseñada por la CE complica notablemente cualquier comentario centrado en la Constitución económica y financiera. Una vez conocidas las instituciones de los artículos 128 a 136 de la CE, y analizadas todas aquellas cuestiones que afectan a los instrumentos normativos requeridos para su regulación, debe hacerse frente al complejo problema de determinar cómo se distribuyen las competencias económicas y financieras entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Todas las instituciones del Título VII de la CE (sean económicas o financieras) requieren, de una u otra forma, una reflexión en torno a su posible utilización por el Estado, por las Comunidades Autónomas o por ambas. Y el problema reside, precisamente, en el hecho de que los artículos de dicho título¹³³, no resuelven el problema, siendo necesario, aquí también, acudir a otros preceptos constitucionales y, en particular, a los previstos en el Título VIII de la CE (De la organización territorial del Estado).

De todos los temas que podrían ser objeto de estudio en este comentario nos ceñiremos, única y exclusivamente, a uno de ellos que por su importancia y proyección merece atención especial. Me refiero, en concreto, a la construcción por parte del TC, con mayor o menor apoyo jurídico positivo, de títulos competenciales estatales en materia económica y financiera.

1. La Constitución económica y el título «ordenación general de la economía»

La doctrina ha dividido las normas de alcance económico de la CE en valores, principios, derechos, mandatos finalistas, habilitaciones y reglas de distribución de poderes¹³⁴. Sin entrar en mayores precisiones en torno al contenido de cada una de estas categorías, lo cierto es que las instituciones regu-

¹²⁵ TEJERIZO LÓPEZ, José Manuel. *Deuda pública...* op. cit., p. 361, haciendo referencia a los efectos de elevación de tipos de interés e incidencia negativa en la demanda de capitales del sector privado (*efecto crowding out*) que provoca la emisión de Deuda pública.

¹²⁶ Es la Sentencia de 14 de marzo de 1972 [(BVerfGE 33, 1 (10 y ss.))], dedicada a los derechos fundamentales de los presos, la que inaugura esta tendencia doctrinal. Referencias a otras sentencias muy tempranas del *Bundesverfassungsgericht*, en este mismo sentido, pueden verse en OSSENBUHL, Fritz. *Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*. En *Handbuch des Staatsrechts*. Band III: Das Handeln des Staates. Heidelberg: Müller, 1988, p. 337 (nota 115). Sobre esta jurisprudencia en español: GARCÍA MACHO, Ricardo. *Reserva de ley y potestad reglamentaria*. Barcelona: Ariel, 1988, pp. 77-80.

¹²⁷ OSSENBUHL, Fritz. *Vorrang und Vorbehalt...* op. cit., p. 337.

¹²⁸ KREBS, Walter. Zum aktuellen Stand der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes. En *Jura*, 1979, pp. 308-309.

¹²⁹ KISKER, Gunter. *Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes*. En *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, p. 1317. EVERS, Hans-Ulrich. *Gesetzesvorbehalt im Schulrecht*. *JEnl Juristische Schulung*, 1977, p. 807.

¹³⁰ PIESKE, Eckart. *Der Weg des deutschen Schulrechts nach dem 51. Deutschen Juristentag im Stuttgart im September 1976*. En *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1977, p. 677.

¹³¹ OSSENBUHL, Fritz. *Vorrang und Vorbehalt...* op. cit., p. 339. Con frase demoledora describe KLOEPFER esta situación: «Es esencial lo que el Tribunal Constitucional considera esencial». KLOEPFER, Michael. *Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel*. *JEnl Juristenzeitung*, 1984, p. 692.

¹³² GARCÍA MACHO, Ricardo. *Reserva de ley y potestad reglamentaria*. Barcelona: Ariel, 1988, p. 76. BAÑO LEÓN, José María. *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho-Cívitas, 1991, pp. 58-61. DOMENECH PASCUAL, Gabriel. *Límites sustanciales de las remisiones...* op. cit., p. 9.188.

¹³³ Con la excepción quizás del artículo 133.1 en relación con el 133.2 para la materia tributaria.

¹³⁴ ALBERTI ROVIRA, Enoch. *Autonomía política y unidad económica...* op. cit., pp. 197 a 215.

ladas en los artículos 128 a 132 pueden considerarse habilitaciones, entendidas éstas como «*normas cuya función consiste en autorizar ciertas actuaciones de los poderes públicos, con o sin indicación expresa de los fines que deberá perseguirse en caso de hacer uso de las mismas*»¹³⁵.

Si por algo nos interesa esta categoría, en este momento, es por el hecho de que las habilitaciones afectan por igual, en principio, a todas las entidades territoriales de modo que la posibilidad de hacer uso de las mismas dependerá de las reglas de distribución de competencias que afecten a la materia concreta respecto de la que pretenda hacerse uso de la habilitación¹³⁶. Esta es una idea que tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional proyectan sobre las distintas habilitaciones del Título VII. Así por ejemplo en lo que se refiere a la reserva al sector público se ha indicado: «*Ninguna duda puede haber a este respecto de que una y otra (se refiere a la ley estatal o autonómica) están constitucionalmente habilitadas para hacer esa reserva de recursos o servicios esenciales de acuerdo con el orden de competencias que les corresponda*»¹³⁷. Y en el mismo sentido parece pronunciarse el TC, en la STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ. 14.º:

«...es cierto que el artículo 128.2 de la Constitución no atribuye en exclusiva al Estado la facultad de reservar al sector público, mediante ley, recursos esenciales, como también lo es que algunas normas estatutarias (entre ellas, el artículo 28.3 del Estatuto de Galicia) permiten a las respectivas Comunidades Autónomas efectuar reservas semejantes a su propio sector público».

La misma idea manifestó el TC, en síntesis respecto a los bienes patrimoniales, en la STC 58/1982, de 27 de julio, FJ. 1.º:

«La norma en cuestión es, en efecto, como reiteradamente indican las partes en litigio, simple transcripción, «mutatis mutandis», del apartado 3.º del artículo 132 de la Constitución, que no es ciertamente una norma atributiva de competencia, sino una reserva de Ley. [...] Así entendida, esta competencia tiene como límites generales los que impone la reserva al Estado de la competencia exclusiva para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (artículo 149.1.18). Dentro de ellos el Parlamento de Cataluña dispondrá de mayor o menor libertad, según la materia concreta que la Ley regule. En unos casos (por ejemplo, al establecer la dicotomía entre bienes demaniales y patrimoniales, como efectivamente ha hecho, y en otros extremos) deberá respetar la legislación civil, que es competencia exclusiva del Estado; en otros podrá optar entre distintas soluciones en cuanto no colindan con normas básicas del Estado (por ejemplo, en

materia de concesiones de dominio público), y en otras, por último, podrá resolver con mayor libertad en razón de su potestad de autoorganización»¹³⁸.

Esta tesis ha sido extendida por la doctrina a los bienes de dominio público, siendo esta jurisprudencia válida, por lo tanto, para todos los bienes públicos¹³⁹. Lo cierto es que respecto a la planificación económica la cuestión podría ser algo más dudosa, en la medida en que el artículo 131 de la CE parece hacer referencia, también, a una competencia material de planificación¹⁴⁰.

Por lo tanto la conclusión parece evidente: el Título VII de la CE no contiene atribuciones competenciales sino meras habilitaciones de actuación de los poderes públicos en la esfera económica.

existan» (artículo 149.1.8 CE), *deberá ser una Ley estatal quien realice tal atribución, pues en caso contrario la legislación de las Comunidades Autónomas que se atribuyera dichos bienes dejaría vacía de contenido en este punto concreto la competencia del Estado».*

¹³⁹ SAINZ MORENO, Fernando. *Dominio Público, Bienes Comunales, Patrimonio del Estado y Patrimonio nacional*. En Comentarios a la Constitución Española de 1978 (dir. Oscar ALZAGA VILLAMIL). Madrid: Cortes Generales-EDERSA, 1998, pp. 196-199. A mi juicio, esta conclusión no parece tan clara a la vista de la STC 227/1988, de 29 de noviembre, cuyo fundamento de derecho 14 establece: «*Por ello, en el supuesto de la afectación en régimen demanial de un bien singular a un servicio público stricto sensu, resulta claro que la titularidad del bien es accesoria a la de la competencia para la gestión del servicio, salvo prescripción expresa en contrario, a lo que no se opone el artículo 132.2 de la Constitución. En tales casos tanto el Estado como las Comunidades Autónomas pueden ejercer las potestades que les confieren la Constitución (artículo 128.2) y los Estatutos de Autonomía, cuando ello implique una afectación de bienes al dominio público, y de acuerdo con las leyes que regulen el régimen jurídico de este último (artículo 132.1 de la Constitución). Por el contrario, tratándose del «demanio natural», es lógico que la potestad de demanializar se reserve al Estado en exclusiva y que los géneros naturales de bienes que unitariamente lo integran se incluyan, asimismo, como unidad indivisible en el dominio público estatal. Esta afirmación resulta más evidente aún por referencia a un recurso esencial como el agua, dado el carácter de recurso unitario e integrante de un mismo ciclo (hidrológico) que indudablemente tiene y que la propia Ley de Aguas impugnada le reconoce».* Aún cuando más tarde el TC, trata de asentar su conclusión en diversos títulos competenciales del artículo 149 de la CE (149.1.1 y 149.1.8), lo cierto es que, desde el comienzo de su razonamiento ha hecho hincapié en centrarse, esencialmente, en los preceptos constitucionales específicamente centrados en la regulación del dominio público. Así puede explicarse la frase con la que el TC inicia su argumentación, difícilmente compatible con la consideración del artículo 132 de la CE como una mera habilitación en el sentido precisado en el texto: «*En definitiva, la cuestión planteada no puede resolverse induciendo libremente de las reglas competenciales sobre la ordenación, gestión, aprovechamiento o reserva al sector público de determinados recursos lo que esas mismas reglas no dicen sobre la titularidad demanial de los mismos. Por eso parece conveniente partir del análisis de los preceptos constitucionales que regulan específicamente el dominio público».*

¹⁴⁰ Ver sin embargo: ALBERTI ROVIRA, Enoch. *Autonomía política y unidad económica...* op. cit., p. 215 (nota 61). No obstante, la jurisprudencia del TC sobre el artículo 131 de la CE ha hecho perder interés al precepto y, en general, a esta cuestión referente a la presencia, o no, en dicho artículo de una norma de atribución competencial. En efecto, la STC 29/1986, de 20 de febrero, FJ. 3.º: «*...el artículo 131 de la Constitución responde a la previsión de una posible planificación económica de carácter general como indica su propio tenor literal, y que de los trabajos y deliberaciones parlamentarias para la elaboración de la Constitución se deduce también que se refiere a una planificación conjunta, de carácter global, de la actividad económica. Por ello, resulta claro que la observancia de tal precepto no es obligada constitucionalmente en una planificación de ámbito más reducido, por importante que pueda ser, como sucede en el caso de la reconversión y reindustrialización».* Y, como ha señalado la doctrina (BASSOLS COMA, Martín. *La planificación de la actividad económica general*. En Comentarios a la Constitución Española de 1978 (dir. Oscar Alzaga Villamil). Madrid: Cortes Generales-EDERSA, 1998, p. 158: «*Los Planes de Reconversión, en sus diversas modalidades, han constituido para las empresas privadas y para el principio de libertad de empresa el instrumentos más incisivo y directo de planificación económica sectorial».*

¹³⁵ ALBERTI ROVIRA, Enoch. *Autonomía política y unidad económica...* op. cit., p. 213.

¹³⁶ ALBERTI ROVIRA, Enoch. *Autonomía política y unidad económica...* op. cit., p. 215.

¹³⁷ DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. *Artículo 128. Riqueza, Iniciativa pública...* op. cit., p. 76.

¹³⁸ En el mismo sentido la STC 150/1998, de 2 de julio, FJ. 3.º: «*Lo dicho tiene su fundamento, como señala correctamente el Abogado del Estado, en la naturaleza civil de la norma que pueda regular el régimen jurídico en general y el destino, en particular, de los llamados bienes vacantes, sin dueño o mostrencos. Habida cuenta de que la competencia en dicha materia corresponde al Estado, «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde*

Excedería con mucho las pretensiones de este comentario el análisis pormenorizado de la distribución de poderes de intervención económica sectoriales e instrumentales que contiene la Constitución¹⁴¹. Sin embargo, si queremos centrarnos específicamente en el título competencial previsto en el artículo 149.1.13 de la CE que reserva al Estado las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica».

Lo cierto es que, como ha demostrado ALBERTI ROVIRA, en este título competencial nada es lo que parece. Porque, ni la referencia a las bases obedece al esquema típico (bases-desarrollo), ni la coordinación debe entenderse, exclusivamente como una potestad de establecimiento de técnicas de relación ni, finalmente, la alusión a la planificación general se refiere a las técnicas de planificación en sentido estricto¹⁴². Lo realmente relevante es que, sobre la base de este título, y superando su propia dicción literal, el TC ha deducido un nuevo título competencial, que identifica con la «ordenación general de la economía» o, lo que es lo mismo, la dirección de la actividad económica. En este sentido, quizás convenga, para entender el alcance de este nuevo título competencial, reproducir algunos fragmentos de la STC 29/1986, de 20 de febrero, FJ. 4, que, al parecer de la doctrina¹⁴³, constituye el *leading case* en la materia¹⁴⁴:

*«De acuerdo con esta última mención corresponde al Estado la ordenación de la actuación económica general, lo cual ha de interpretarse como ordenación de la actuación económica de todos los sectores y del propio Estado con relación a ellos, es decir, de la propia intervención del Estado en materia económica. [...] la unicidad del orden económico nacional es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materia económica no conduzca a resultados disfuncionales y disgregadores. [...] cuando para conseguir objetivos de la política económica nacional, se precise una acción unitaria en el conjunto del territorio del Estado, por la necesidad de asegurar un tratamiento uniforme de determinados problemas económicos o por la estrecha interdependencia de las actuaciones a realizar en distintas partes del territorio nacional, el Estado en el ejercicio de la competencia de ordenación de la actuación económica general podrá efectuar una planificación de detalle, siempre y sólo en tales supuestos, que la necesaria coherencia de la política económica general exija decisiones unitarias y no pueda articularse sin riesgo para la unidad económica del Estado a través de la fijación de bases y medidas de coordinación»*¹⁴⁵.

¹⁴¹ Sobre este particular puede consultarse: ALBERTI ROVIRA, Enoch. *Autonomía política y unidad económica*... op. cit., p. 220-227, con abundantes referencias doctrinales y jurisprudenciales.

¹⁴² ALBERTI ROVIRA, Enoch. *Autonomía política y unidad económica*... op. cit., pp. 229-230.

¹⁴³ GARCÍA TORRES, Jesús. «La ordenación general de la economía» título sustantivo de competencia estatal. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 17, 1986, pp. 241 y ss.

¹⁴⁴ Aun que la doctrina ha citado, también, algunos precedentes: SsTC 96/1984, de 19 de octubre; 80/1985, de 4 de julio; 87/1985, de 16 de julio y 179/1985, de 19 de diciembre. (ALBERTI ROVIRA, Enoch. *Autonomía política y unidad económica*... op. cit., p. 233, nota 95).

¹⁴⁵ Posteriormente esta jurisprudencia se ha visto consolidada: ALBERTI ROVIRA, Enoch. *Autonomía política y unidad económica*... op. cit., p. 233, nota 95.

En definitiva este nuevo título competencial, como ha sostenido la doctrina, presenta una doble dimensión. De un lado, y desde una perspectiva positiva, habilita ciertas actuaciones estatales en materia económica, al margen de los moldes estrictos derivados de las competencias sectoriales e instrumentales previstas en el artículo 149.1 de la CE. Pero, de otro, supone también un límite evidente al desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas de sus propias competencias en materia económica¹⁴⁶.

2. La Constitución financiera y la distribución de competencias en la doble vertiente del ingreso y del gasto

La distribución de competencias financieras en la CE resulta más compleja que la de las competencias económicas. Si en éstas tuvimos ocasión de analizar el vínculo necesario entre habilitaciones del Título VII (iniciativa, reserva, planificación y bienes públicos) y competencias materiales del Título VIII, lo cierto es que una vinculación semejante parece complicada en el seno de las instituciones financieras. A ello contribuyen dos circunstancias. En primer lugar que el carácter instrumental de la actividad financiera dificulta, sobre todo en el ámbito de los tributos¹⁴⁷, el establecimiento de una conexión precisa entre competencia financiera y competencia material. En efecto, salvo en el caso particular de los tributos extrafiscales y de los llamados tributos causales, esa conexión será imposible de establecer. A ello se añade que, a diferencia de lo que ocurre en otros Estados, el Título VIII de la CE —en particular los artículos 148 y 149— no contienen una distribución de competencias tributarias entre el Estado y las Comunidades Autónomas¹⁴⁸.

a) Los títulos competenciales en materia tributaria y su interpretación por el TC.

Los títulos competenciales tributarios que recoge la CE se ubican, básicamente, en cuatro preceptos. En lo que se refiere al poder tributario estatal debe hacerse mención a los artículos 133.1 de la CE, que atribuye al Estado la potestad originaria para establecer tributos mediante ley, y el 149.1. 14.ª ya que recoge la competencia exclusiva del Estado sobre la «Hacienda general y Deuda del Estado». Por lo que respecta al poder tributario autonómico merecen particular mención las reglas previstas en el artículo 133.2 CE —que posi-

¹⁴⁶ ALBERTI ROVIRA, Enoch. *Autonomía política y unidad económica*... op. cit., pp. 235-245.

¹⁴⁷ La cuestión es distinta, como veremos, en la vertiente de gasto de la actividad financiera.

¹⁴⁸ A esta conexión hace referencia el profesor Ramallo. Incluye también el caso de los tributos afectados aunque, como él mismo afirma, en este caso debe hablarse más de una vinculación entre poder de gasto y competencia material. RAMALLO MASSANET, Juan. *La asimetría del poder tributario y del poder de gasto de las Comunidades Autónomas*. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 39, 1993, pp. 49-53.

¹⁴⁹ Hay posiciones, sin embargo, que defienden la existencia de un reparto implícito de materias tributarias en la CE. Sobre esta cuestión, en términos críticos: RUIZ ALMENDRAL, Violeta. *Impuestos cedidos y responsabilidad fiscal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 251-260.

bilita que las Comunidades Autónomas establezcan y exijan tributos de acuerdo con la Constitución y las leyes— y 157.1 CE que enumera los recursos de las Comunidades Autónomas. Como puede entenderse encontrar un equilibrio razonable en este conjunto de títulos competenciales difusos puede resultar muy complicado.

No puede negarse que la diferente redacción de los artículos 133.1 y 133.2 de la CE, referidos respectivamente al Estado y a las Comunidades Autónomas, debe incidir en su interpretación. Y no tanto porque la potestad estatal se califique como originaria, un dato al que la doctrina no atribuye mayor relevancia, sino en la medida en que el poder tributario autonómico estará condicionado por la CE (al igual que el estatal) y por las leyes, sea ésta una ley estatal, un Estatuto de Autonomía, o cualquier otra, como puedan ser las leyes del artículo 150 CE o la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas¹⁵⁰. A partir de esta diferente configuración de los títulos competenciales se ha deducido en la doctrina una posición de superioridad del Estado con respecto a las Comunidades Autónomas¹⁵¹.

El problema esencial, en este punto, reside en determinar en qué consiste exactamente esa superioridad o, en términos negativos, cuáles son sus límites. Y no es esta una tarea fácil, en la medida en que exige determinar el alcance del título competencial previsto en el artículo 149.1.14 de la CE (Hacienda General), respecto del cual el único acuerdo existente en la doctrina es el de su alto grado de indeterminación¹⁵².

No han faltado intentos en la jurisprudencia del TC de construir, sobre la base del artículo 149.1.14 de la CE, un título semejante al de la «ordenación general de la economía» que estudiamos en el epígrafe anterior. Un primer paso, en este sentido, lo constituye la STC 49/1995, de 16 febrero, en la que el Tribunal, sobre la base del artículo 149.1.14 de la CE, declara inconstitucional el Impuesto balear sobre las Loterías:

«...la Lotería Nacional es competencia del Estado como comprendida en el título Hacienda General del artículo 149.1.14 CE, el cual no puede entenderse circunscrito a los ingresos tributarios, pues comprende también estos otros que organiza, genera y gestiona el Estado mediante un monopolio fiscal. Por su naturaleza, pues, de ingresos no tributarios directamente explotados por la Hacienda estatal, corresponde con carácter exclusivo al Estado la gestión y explotación del monopolio de la Lotería Nacional»¹⁵³.

¹⁵⁰ RAMALLO MASSANET, Juan. *Incidencia de la Constitución Española de 1978 en materia de fuentes normativas de las Comunidades Autónomas*. En Hacienda y Constitución. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979, p. 78. RAMALLO MASSANET, Juan. *El reparto de competencias tributarias entre los distintos ámbitos de gobierno*. En Revista Española de Derecho Financiero, n.º 60, 1988, p. 517.

¹⁵¹ RUIZ ALMENDRAL, Violeta. *Impuestos cedidos...* op. cit., pp. 237-238.

¹⁵² RUIZ ALMENDRAL, Violeta. *Impuestos cedidos...* op. cit., p. 242.

¹⁵³ Esta concepción se había ido fraguando en anteriores pronunciamientos del TC: SSTC 163/1994, de 26 de mayo, 164/1994, de 26 de mayo y 216/1994, de 14 de julio.

Pero quizás sea en la STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ. 4, donde más claramente se pone de manifiesto esta tendencia¹⁵⁴:

«En consecuencia, y dado que frecuentemente la regulación de la Hacienda local estará llamada a incidir sobre dicho régimen jurídico, sólo de manera puntual podrá el Estado regular con carácter exclusivo tal materia haciendo prevalecer el otro título competencial a que hace referencia el artículo 1.1 LHL, esto es, el de la «Hacienda general» del artículo 149.1.14 CE. Así ocurrirá, en efecto, en aquellos casos en los que la normativa estatal tenga por objeto la regulación de instituciones comunes a las distintas Haciendas o de medidas de coordinación entre la Hacienda estatal y las Haciendas de las Corporaciones Locales. O también cuando su finalidad sea la salvaguarda de la suficiencia financiera de las Haciendas locales garantizada por el artículo 142 CE, en cuanto presupuesto indispensable para el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocido en los artículos 137, 140 y 141».

El verdadero problema de esta interpretación del artículo 149.1.14 CE es precisamente el de su efecto de vaciamiento respecto a otro de los títulos competenciales reconocidos en la CE en particular el artículo 157.1 CE. Si ninguna competencia puede interpretarse de manera que otra quede total o parcialmente anulada, puede afirmarse que tampoco la del artículo 149.1.14 CE podrá tener ese efecto. Para poder articular estas exigencias será necesario determinar el contenido del título competencial previsto en el artículo 157 de la CE. En este sentido, se ha entendido que el artículo 157 de la CE implica un «derecho» de las Comunidades Autónomas a disponer de tributos propios en su Hacienda y, por lógica, una «obligación» del Estado de permitir el ejercicio de dicho derecho¹⁵⁵. De ese modo no podrá interpretarse el artículo 149.1.14 de la CE de modo que pueda suponer un vaciamiento de las posibilidades reales de las Comunidades Autónomas de contar con los recursos enumerados en el artículo 157.1 de la CE.

Y este peligro se hace especialmente patente en el ámbito de la imposición propia de las Comunidades Autónomas. En efecto, y como hemos visto antes, el TC, sobre la base del artículo 149.1.14 de la CE, atribuye al Estado la competencia exclusiva para la regulación del sistema tributario local. Si ello se combina con la jurisprudencia sentada en la STC 289/2000, de 30 de septiembre, cuyo fundamento jurídico 4, al interpretar el artículo 6.3 de la LOFCA, afirma que «resulta vedado cualquier solapamiento, sin habilitación legal previa, entre la fuente de riqueza gravada por un tributo local y por un nuevo tributo autonómico»,

¹⁵⁴ En este sentido: RUIZ ALMENDRAL, Violeta. *Impuestos cedidos...* op. cit., pp. 247-248.

¹⁵⁵ STC 72/1983, de 29 de julio, FJ. 3.º: «Sin pretender ahora sentar afirmaciones de carácter general, dado que sólo el análisis de cada caso concreto nos permitirá llegar a la conclusión adecuada, sí podemos afirmar que en principio no es admisible una interpretación que conduzca a variar de contenido la competencia legislativa de la Comunidad en materia de cooperativas, que hay que entender le viene atribuida por el artículo 10.23 del Estatuto.»

¹⁵⁶ RUIZ ALMENDRAL, Violeta. *Impuestos cedidos...* op. cit., pp. 239-240 y bibliografía allí citada

el efecto parece evidente y no es otro que la reducción a la mínima expresión de las posibilidades de establecimiento de tributos propios por parte de las Comunidades Autónomas¹⁵⁷. Sólo mediante una interpretación teleológica del artículo 6.3 de la LOFCA –en el sentido de entender que el precepto establece una prohibición de equivalencia– podrá superarse semejante vaciamiento¹⁵⁸.

b) Poder de gasto y orden competencial.

Podría pensarse que, en la segunda vertiente de la actividad financiera –la del gasto–, las cosas resultan más sencillas en la medida en que, este caso, sí que es posible establecer una conexión entre la competencia material y la competencia financiera. Esta es la conclusión que podría extraerse, *prima facie*, de la STC 13/1992, de 6 de febrero, cuyo FJ. 6.º señala:

«...el poder de gastar no constituye un título atributivo de competencias, de modo que el ejercicio de competencias estatales anejo al gasto o a la subvención sólo se justifica en los casos en que, por razón de la materia sobre la que opera dicho gasto o subvención la Constitución o los Estatutos de Autonomía hayan reservado al Estado la titularidad de las competencias, es claro que el Estado, mediante el ejercicio del poder legislativo presupuestario, no dispone de un poder general para subvenciones (gasto público) entendido como poder libre o desvinculado del orden competencial. El poder de gasto o subvencional es siempre un poder instrumental que se ejerce «dentro» y no «al margen» del orden de competencias y de los límites que la Constitución establece y entre ellos el del respeto a la autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas que reconocen y garantizan los artículos 2, 137 y 156 CE»

Sin embargo limitarse a reseñar esta afirmación del TC podría conducir a engaño por lo que respecta a la conexión del poder de gasto y el ámbito de competencias estatal. Porque, en efecto, también en esta vertiente de la actividad financiera puede detectarse, en la jurisprudencia del TC, manifestaciones de lo que, en la doctrina, se conoce como «supremacía financiera del Estado¹⁵⁹». De ese modo, la vinculación al ámbito competencial propio en las decisiones de gasto no es idéntico para el Estado y las Comunidades Autónomas. La citada STC 13/1992, de 6 de febrero, subraya esta idea en su FJ. 7.º:

«...el poder de gasto del Estado o de autorización presupuestaria, manifestación del ejercicio de la potestad legislativa atribuida a las Cortes Generales (artículos 66.2 y 134 CE) no se define por conexión con el reparto competencial de materias que la Constitución establece (artículos 148 y 149 CE), al contrario de lo que acontece con la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas que se vincula al desarrollo y ejecución de las competencias que, de acuerdo con la Constitución, le atribuyan los respectivos Estatutos y las Leyes (artículo 156.1 CE y artículo 1.1 de la LOFCA). Por consiguiente, el Estado siempre podrá, en uso de su soberanía financiera (de gasto, en este caso), asignar fondos públicos a unas finalidades u otras, pues existen otros preceptos constitucionales (y singularmente los del Capítulo III del Título I) que legitiman la capacidad del Estado para disponer de su Presupuesto en la acción social o económica».

En todo caso, y como ha puesto de manifiesto la doctrina¹⁶⁰, no debe confundirse el hecho de que el poder de gasto del Estado no esté vinculado a las materias previstas en el artículo 149 de la CE, con que sea un poder ilimitado. En el fundamento jurídico 8º de la STC citada, que no podemos analizar en profundidad, el TC distingue una serie de supuestos indicando las limitaciones que para el poder de gasto del Estado implica cada uno de ellos. La idea general que debe retenerse es que a mayor intensidad del título competencial esgrimido por el Estado mayores son también los niveles de condicionamiento del gasto que resultan lícitos desde la perspectiva de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas reconocida en el artículo 156.1 de la CE.

¹⁵⁷ ORTIZ CALLE, Enrique. *Fiscalidad ambiental y límites al poder tributario autonómico (a propósito de la Sentencia 289/2000, de 30 de noviembre, del Impuesto balear sobre Instalaciones que incidan en el Medio Ambiente)*. En Revista interdisciplinaria de Gestión Ambiental, 2001, p. 29. RUIZ ALMENDRAL, Violeta. *Impuestos cedidos...* op. cit. pp. 248-249. En sentido muy semejante: RUIZ ALMENDRAL, Violeta; ZORNOZA PÉREZ, Juan José. *El Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales. Análisis constitucional*. En Nueva Fiscalidad, n.º 10, 2004, p. 39.

¹⁵⁸ ORTIZ CALLE, Enrique. *Fiscalidad ambiental...* op. cit. pp. 29-30. RUIZ ALMENDRAL, Violeta; ZORNOZA PÉREZ, Juan José. *El Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales...* op. cit., pp. 51-67.

¹⁵⁹ MEDINA GUERRERO, Manuel. «Supremacía financiera, distorsión del orden competencial y cooperación en el Estado autonómico: algunas consideraciones en torno a la STC 13/1992», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 35, 1992, pp. 155-177.

¹⁶⁰ RAMALLO MASSANET, Juan. *El poder de gasto del Estado: subvenciones y orden competencial*, en Documentación Administrativa, n.ºs 232-233, 1992-1993, p. 410.